

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel

Mougenot, Dominique

*Published in:*

Revue critique de jurisprudence belge

*Publication date:*

2018

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D 2018, 'La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel: une hirondelle ne fait pas le printemps', *Revue critique de jurisprudence belge*, Numéro 2, p. pp. 115-147.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## II. LES MOYENS DE CASSATION

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente trois moyens.

## III. LA DÉCISION DE LA COUR

*Sur le deuxième moyen*

L'arrêt constate que « Maître A. [...] a été le conseil [du défendeur] du 23 octobre 2003 au 19 juin 2006 », que, « par lettre du 19 juin 2006, Maître A. a réclamé un solde de frais et d'honoraires de 4.533,15 euros », que « [le défendeur] conteste l'état de frais et honoraires », que, « devant le premier juge, Maître A. sollicitait la condamnation [du défendeur] au paiement d'une somme de 6.451,43 euros », que « [le défendeur] demandait le remboursement des pensions alimentaires encaissées par Maître A. », que, « suivant l'avis du conseil de l'Ordre du 16 juin 2009, l'état de frais et honoraires de Maître A. dépasse les bornes d'une juste modération pour ce qui excède la somme de 1.367,43 euros », que « le conseil de l'Ordre a [...] considéré, conformément à l'article 1<sup>er</sup> du règlement de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone des 15 octobre 2001 et 26 juin 2003 sur l'obligation d'information et le secret professionnel en matière juridique — entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004 —, que, "lorsque l'avocat constate qu'un client est susceptible de bénéficier de l'aide juridique ou de l'assistance judiciaire, il a l'obligation de l'en informer" », et que, « en degré d'appel, Maître A. invite la cour [d'appel] à déclarer sa demande originaire fondée et à débouter [le défendeur] de sa demande reconventionnelle ».

L'arrêt relève que « Maître A. prétend avoir, dès la première consultation du 23 octobre 2003, informé verbalement [le défendeur] de son droit à l'aide juridique » et qu'il précise que [le défendeur] ne devait pas être « re-prévenu » le 1<sup>er</sup> janvier 2004, date de l'entrée en vigueur de l'article 1<sup>er</sup> du règlement des 15 octobre 2001 et 26 juin 2003 [précité] ».

Dès lors qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée, l'arrêt ne viole pas les dispositions légales visées au moyen en décidant « qu'il appartient à Maître A., qui prétend avoir informé son client, de rapporter la preuve du fait qu'il allègue ».

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

## NOTE

La charge de la preuve du devoir d'information du professionnel.  
Une hirondelle ne fait pas le printemps.

## 1. — LE PROBLÈME POSÉ À LA COUR

1. **Rappel de la procédure.** La question tranchée par la Cour dans l'arrêt annoté concerne la charge de la preuve du respect par l'avocat de son obligation d'information à l'égard du client.

M<sup>e</sup> A. a été le conseil de M. B. durant trois ans, entre 2003 et 2006. Le 19 juin 2006, M<sup>e</sup> A. adressa à M. B. un état d'honoraires duquel il ressortait que M. B. était redevable d'un solde de 7.091,11 EUR. M. B. refusa de payer.

Le 1<sup>er</sup> septembre 2006, M<sup>e</sup> A. assigna M. B. devant le tribunal de première instance de Bruxelles. Le tribunal demanda l'avis du conseil de l'Ordre des avocats. Celui-ci considéra que l'état de frais et honoraires devait être réduit à 1.367,43 EUR. Lors de l'audition de M. B., le rapporteur du conseil de l'Ordre constata que M. B. était en position de demander l'aide juridique et soutenait ne pas avoir été informé par M<sup>e</sup> A. de cette possibilité. M<sup>e</sup> A. affirma que cette information avait été donnée lors de sa première consultation en 2003. Le conseil de l'Ordre conclut que l'absence d'information de M. B. était vraisemblable. Par jugement du 15 décembre 2009 (1), le tribunal de première instance déclara la demande de M<sup>e</sup> A. non fondée, pour la partie de l'état de frais et honoraires postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2004 (2), constatant qu'il ne résultait pas avec certitude du dossier de la demanderesse [M<sup>e</sup> A.], sur qui pèse la charge de la preuve, que cette obligation avait été respectée.

M<sup>e</sup> A. interjeta appel de cette décision devant la cour d'appel de Bruxelles. Par arrêt du 21 juin 2013, la cour déclara l'appel non fondé (3). Elle releva notamment que, si M<sup>e</sup> A. avait réellement informé M. B. du fait qu'il pouvait bénéficier de l'aide juridique, il l'aurait mentionné dans son courrier du 30 octobre 2003, rédigé de manière extrêmement détaillée et faisant précisément suite à la première consultation du 23 octobre 2003.

M<sup>e</sup> A. forma alors un pourvoi en cassation contre cette décision. Par l'arrêt commenté du 25 juin 2015 (4), la Cour rejeta le pourvoi, en ces termes : « [d]ès

(1) Civ. Bruxelles, 15 décembre 2009, inédit, R.G. 2006/10163/A.

(2) Il s'est aussi posé un problème de droit transitoire, dans la mesure où l'article 1 du règlement de l'O.B.F.G. du 15 octobre 2001 et 26 juin 2003 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004, soit après le début des relations entre M<sup>e</sup> A. et M. B.

(3) Bruxelles, 21 juin 2013, inédit, R.G. 2010/AR/356.

(4) Cass., 25 juin 2015, C.14.0382.F, R.G.A.R., 2015, n° 15219, note GLANSDORFF ; R.W., 2015-2016, p. 1664, note VANDENBUSSCHE ; J.T., 2016, p. 609, note F.G. ; Pas., 2015, p. 1753 ; R.D.C., 2016, p. 653, note MOUGENOT ; Rev. dr. santé, 2015-2016, p. 368, note LEMMENS. Concernant cet arrêt, voy. aussi les commentaires de V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », in *États généraux*.

lors qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client, et non à ce dernier de prouver le fait négatif que l'information requise ne lui a pas été donnée, l'arrêt ne viole pas les dispositions légales visées au moyen en décidant "qu'il appartient à Maître A., qui prétend avoir informé son client, de rapporter la preuve du fait qu'il allègue". Selon la Cour, la règle est claire: c'est l'avocat qui supporte la charge de la preuve de la correcte exécution de son devoir d'information. L'arrêt est rédigé en termes généraux et donne à penser que la Cour énonce un principe, susceptible de s'appliquer à tous les cas de figure où un professionnel est tenu d'éclairer son client. On songe évidemment aux médecins mais aussi à toutes les autres professions de services.

## 2. — UNE QUESTION IMPORTANTE

2. L'obligation d'information. L'obligation d'information, c'est le devoir de faire connaître quelque chose à quelqu'un(5). On parle aussi de devoir de renseignement. Ces expressions me paraissent similaires(6). Le devoir d'information peut être contractuel mais peut aussi exister en dehors de tout contrat. Nous verrons dans la jurisprudence de la Cour de cassation analysée ci-après des situations où la loi impose à une personne de transmettre une information à une autre personne, avec laquelle elle n'est pas liée par un

raux du droit médical et du dommage corporel, Limal, Anthémis, 2016, pp. 7 et s.; G. GENICOT, «Blouses blanches et robes noires: ce que le droit attend des médecins», in *Les responsabilités professionnelles*, Limal, Anthémis, 2017, pp. 145 et s.; M.-A. ORLANDO, «La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence?», *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374; I. REUSENS, «Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient: plaider pour un dialogue thérapeutique», *Con. M.*, 2016, pp. 97 et s.

(5) Sur cette question, voy.: M. CORPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Kluwer, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, pp. 32-33; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats — Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 1992; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 576 et s.; J.-P. MASSON, «Les fourberies silencieuses», *R.C.J.B.*, 1979, pp. 527 et s.; L. MÜLLER, «Genèse et structure de l'obligation d'information et de renseignement au stade de la formation des contrats», in *Liber amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 221 et s.; *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, Liège, Formation CUP, 2006, vol. 86 (où sont abordés les devoirs de divers professionnels envers leurs clients: avocats, huissiers de justice, notaires, intermédiaires financiers, fabricants et vendeurs professionnels, etc.); *Le droit des affaires en évolution. Que dire ou ne pas dire avant de conclure un contrat?*, Bruxelles, Bruylant, Anvers, Kluwer, 2006.

(6) Le dictionnaire Robert définit l'information comme le fait de transmettre des renseignements. M<sup>me</sup> Fabre Magnan préfère le terme «information» au terme «renseignement», parce que le renseignement serait plutôt la réponse à une demande et pourrait être plus ponctuel. Elle relève également que, selon une certaine doctrine, le devoir d'information serait plutôt d'origine légale, alors que le devoir de renseignement serait davantage contractuel. Cet auteur reconnaît toutefois que ces différences sont très discutables (M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats — Essai d'une théorie*, op. cit., n° 9 et 10). M<sup>me</sup> De Boeck utilise le terme «informatieverplichting» comme une appellation générique, qui recouvre aussi bien les devoirs d'information que d'avertissement ou de conseil (A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, op. cit., n° 166).

contrat. En matière contractuelle, l'information peut précéder le contrat et permettre la conclusion de celui-ci ou prendre place en cours d'exécution du contrat.

L'examen de toutes les facettes de l'obligation d'information sort assez largement du cadre de la présente contribution. Je renvoie à cet égard aux références citées en note.

L'information doit être distinguée du conseil. Le conseil, c'est le fait de faire à quelqu'un des suggestions liées à l'analyse de sa situation spécifique. «Donner un conseil à quelqu'un consiste non seulement à lui donner un renseignement brut, mais également à lui montrer les déductions que l'on peut en tirer»(7). Même si la frontière entre ces notions d'information et de conseil peut paraître floue, la distinction n'est pas sans intérêt dans la matière qui nous occupe.

On a beaucoup écrit sur le devoir d'information et de conseil du médecin(8) et de l'avocat(9). Les obligations qui pèsent sur ces deux professions sont

(7) M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats — Essai d'une théorie*, op. cit., n° 11. Voy. aussi: A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, op. cit., n° 183; F. GLANSDORFF, «Introduction générale», in F. GLANSDORFF (dir.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, coll. Formation CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 11 et s., spéc. p. 25.

(8) Sur le devoir d'information et de conseil du médecin, voy. notamment: B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 775 et s.; V. CALLEWAERT, «L'obligation d'information du médecin et le consentement éclairé du patient», in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, coll. GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 101-121; N. COLETTE-BASECOZ et M.-N. VERHAEGEN, «Le devoir d'information du médecin et le consentement libre et éclairé du patient», *Rev. dr. santé*, 1996-1997, pp. 185 et s.; E. DELBEKE, «De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning», *Rev. dr. santé*, 2007-2008, pp. 355 et s.; R. D'HAESSE, «Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt», *R.G.D.C.*, 2010, pp. 430 et s.; W. DINKHOFF, «Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming», *Rev. dr. santé*, 2003-2004, pp. 104 et s.; J.-L. FAGNART, «Information du patient et responsabilité du médecin», in *Actualités de droit médical*, coll. Formation UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 51 et s.; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 125 et s.; G. GENICOT, «Blouses blanches et robes noires: ce que le droit attend des médecins», op. cit., pp. 145 et s.; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, «À propos du consentement libre et éclairé du patient», in *Droit médical*, coll. Formation CUP, vol. 79, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 164 et s.; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, «L'information et le consentement du patient: les nouvelles balises», in *Évolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: le droit médical en mouvement*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2008, pp. 25 et s.; Th. VANSWEEVELT, «La responsabilité des professionnels de la santé», in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 25, vol. 1, Waterloo, Kluwer, pp. 46 et s.; Th. VANSWEEVELT et S. TACK, «Het recht op gezondheidsinformatie en geïnformeerde toestemming», in *Handboek gezondheidsrecht*, vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 331 et s.

(9) Sur le devoir d'information et de conseil de l'avocat, voy. notamment: J.-P. BUYLE, «L'étendue du devoir d'information et de conseil de l'avocat», *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1688 et s.; J.-P. BUYLE, «Les risques du métier d'avocat liés au non-respect des devoirs d'information, de conseil, de stratégie et de vigilance», in *Les risques du métier. Les risques liés à la responsabilité civile professionnelle des avocats*, Bruxelles, Bruylant-Larcier, 2008, pp. 81 et s.; V. CALLEWAERT, «La responsabilité des avocats», in *La responsabilité liée aux activités juridiques*, coll. GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 307 et s.; J. CRUYPLANTS et

nuancées. Ces métiers n'ont pas le monopole du devoir d'information et de conseil de leur client: cette obligation s'étend, à des degrés divers, à l'ensemble des professionnels, en particulier lorsqu'ils traitent avec des consommateurs ou, plus largement, des personnes moins informées (10). En particulier, le titre III du livre III du Code de droit économique met à charge de toutes les entreprises l'obligation de fournir à leurs clients un certain nombre d'informations définies aux articles III.74 et suivants. En outre, le titre XIV du Code de droit économique impose aux titulaires de professions libérales de fournir des informations au consommateur. Les obligations du livre XIV ne s'appliquent pas aux notaires et aux huissiers, en leur qualité d'officier public, ni aux avocats agissant dans le cadre de l'aide juridique (art. XIV.2 CDE).

La situation du médecin présente une particularité. Comme son intervention est susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique du patient, elle n'est légitime que moyennant le consentement éclairé du patient. Celui-ci est balisé par l'article 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, qui définit les informations que le praticien doit fournir au moment où naît la relation contractuelle entre parties (11). Comme on le verra plus loin, le fait que la faute du médecin est susceptible de dégénérer en infraction pénale a une influence sur la charge de la preuve (12).

**3. La charge de la preuve.** Lorsque le créancier de l'obligation d'information (souvent le client/patient en matière contractuelle) reproche au débiteur (le professionnel en matière contractuelle) un défaut d'information, la question de la preuve de la transmission de cette information va invariablement se poser. Et si une carence apparaît à ce niveau, il faudra trancher la question de la charge de la preuve.

G. DAVID, «La responsabilité civile des conseillers externes de l'entreprise», in *Les responsabilités d'entreprise*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 2007, pp. 85 et s.; P. DEPUYDT, «De aansprakelijkheid van de advocaat. Bespreking van enkele grensdomeinen», in *De professionele aansprakelijkheid*, Bruges, la Chartre, 2001, pp. 127 et s.; P. DEPUYDT, *De aansprakelijkheid van de advocaat*, Gand, Larcier, 2006; F. GLANSORFF, «Le devoir de conseil de l'avocat: une mer sans rivage», *J.T.*, 2009, pp. 342 et s.; F. GLANSORFF, «L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve», in *Droit de la responsabilité — questions choisies*, coll. Formation CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 267 et s.; P. HENRY et B. DE COOQUEAU, «Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice», coll. Formation CUP, vol. 86, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 51 et s.; C. MELOTTE, «La responsabilité professionnelle des avocats», in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 23bis, Waterloo, Kluwer, pp. 17 et s.; W. VANDENBUSSCHE et D. VERVOORT, «De aansprakelijkheid van de advocaat en de bemiddelaar. *Advocare, mediare... errare?*», in *Professionele aansprakelijkheid*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 95 et s.

(10) A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, op. cit., n° 223 et s.; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., op. cit., pp. 646-647; J.-L. FAGNART, «L'obligation de renseignement du vendeur fabricant», *R.C.J.B.*, 1983, pp. 228 et s., n° 17; J.-P. BUYLE, «Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations», *R.C.J.B.*, 2005, pp. 683 et s., n° 9; L. MULLER, «Genèse et structure de l'obligation d'information et de renseignement au stade de la formation des contrats», op. cit., pp. 221 et s., spéc. pp. 224 et s.; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. I, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 126.

(11) Voy. la doctrine citée en note 8.

(12) Voy. *infra*, n° 15.

À lire les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, la détermination de la charge de la preuve est l'indication de la partie qui doit apporter des éléments de preuve au juge (13). Dans la doctrine récente, la question de la charge de la preuve se confond toutefois avec celle du risque de la preuve (14). C'est la détermination de la partie qui supportera les conséquences négatives des incertitudes subsistant au terme de la procédure d'administration de la preuve. Celui qui devait prouver et qui a échoué perd son procès. La question du risque de la preuve ne se pose donc que si les éléments du dossier ne permettent pas au juge de trancher avec une certitude suffisante. C'est, en quelque sorte, la contrepartie de l'interdiction du déni de justice, qui oblige le juge à décider même lorsque les éléments de preuve du dossier sont insuffisants pour se forger une conviction. Il convient alors de mettre en place des mécanismes qui guideront le juge dans sa décision. Cette conception de la charge de la preuve a été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 septembre 1999 (15), qui énonce que: «en vertu de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame la réparation d'un dommage doit apporter la preuve de ce dommage; que l'incertitude ou le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent être retenus au détriment de celui qui a la charge de cette preuve». Dans un arrêt du 20 mars 2006 (16), elle répète que: «l'incertitude ou le doute qui subsistent une fois la preuve administrée ne peuvent bénéficier à la partie qui a la charge de la preuve».

Dans la problématique qui nous occupe, la question devient celle-ci: lorsqu'aucun élément du dossier ne suffit à établir la réalité et/ou le contenu de la transmission d'une information du débiteur de l'information au créancier, quelle est la partie qui succombera dans ses prétentions, soit en voyant sa demande rejetée (si elle est demanderesse), soit en se voyant condamnée (si elle est défenderesse)?

(13) Un auteur a raffiné cette définition de la manière suivante: «*De last die op een partij rust om aan de hand van concrete bewijselementen bepaalde feiten die aanleiding geven tot zijn recht aannemelijk te maken voor de rechter*» (W. VANDENBUSSCHE, «De bewijslast in het licht van de dynamiek van de burgerlijke procedure», in *La preuve dans le procès civil*, Actes du colloque du Centre Interuniversitaire de Droit Judiciaire du 20 mars 2014, Bruges, la Chartre, 2015, pp. 31 et s., n° 5).

(14) A. DE BOECK et H. GEENS, «De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?», in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Chartre, 2008, p. 88; H. GEENS, «De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht», in *Bewijsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 173, n° 20; O. MICHIÉLS, «L'article 1315 du Code Civil: contours et alentours», *Act. dr.*, 1998, p. 371; H. MINJAUV et J. VANDENDRIESSCHE, «Bewijslast en bewijsrisico», in *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Malines, Kluwer, 2002, f. mob., n° 5104, p. VI.2.3; D. MOUGENOT, «La preuve: évolution et révolutions», in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruges, la Chartre, 2004, pp. 131-132; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93, n° 27; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, Bruges, la Chartre, 2009, n° 216, p. 162; P. VAN OMMESELAGHE, *De Paga. Traité de droit civil belge, Droit des obligations*, t. 3, *Régime général de l'obligation — Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 2265-2266, n° 1652; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 43.

(15) Cass., 17 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1119; *Dr. circ.*, 2000, p. 14.

(16) Cass., 20 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 629; *Chron. D.S.*, 2007, p. 332.

L'arrêt commenté est loin d'être le seul à aborder cette question. La doctrine a relevé plusieurs décisions dans lesquelles la Cour de cassation a tranché le problème mais dans des sens différents. Il convient dès lors d'examiner cette jurisprudence plus en détail.

### 3. — UNE JURISPRUDENCE INDÉCISE

4. 1968. — Charge de la preuve de l'obligation d'information de la commune à la Caisse Nationale des Pensions. Dans un arrêt du 26 janvier 1968 (17), la Cour se penche sur l'obligation d'information qui pèse sur la commune à l'égard de la Caisse Nationale des Pensions, concernant tout renseignement susceptible de modifier le droit à la pension des bénéficiaires. Dans un arrêt resté longtemps méconnu et exhumé par J. Kirkpatrick (18), la Cour considère qu'il résulte de l'article 1315 du Code civil que c'est à la commune qu'il incombe de prouver qu'elle s'est conformée à son obligation, en donnant avis à la Caisse Nationale et non à celle-ci de prouver le fait négatif que l'administration communale n'a pas donné cet avis. La Cour énonce donc un principe très similaire à celui de l'arrêt annoté : c'est au débiteur de l'information qu'il incombe de prouver que celle-ci a été fournie.

5. 1997. — Arrêts de la Cour de cassation française. Une problématique identique est née en France. Par un arrêt du 25 février 1997 (arrêt *Hedreul*), la Cour de cassation française, statuant dans un cas de responsabilité de médecin, décide que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation (19). La Cour exprime donc un principe très général. On trouve ce même principe dans un arrêt du 29 avril 1997, concernant la responsabilité de l'avocat cette fois (20). La Cour décide que l'avocat est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil vis-à-vis de son client et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation. En raisonnant ainsi, la cour d'appel a fait une correcte application de l'article 1315 du Code civil. Cette jurisprudence engendra des commentaires pour le moins divisés en Belgique : dans le même ouvrage deux auteurs adoptent des positions complètement opposées à ce sujet (21).

6. 2001. — Charge de la preuve du devoir d'information du médecin. Le 14 décembre 2001 (22), la Cour de cassation belge, statuant en matière

(17) Cass., 26 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 661.

(18) J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 105 et s., n° 10.

(19) Cass. Fr., 25 février 1997, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12858; *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 337, note FAGNART.

(20) Cass. Fr., 29 avril 1997, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12855; *J.T.*, 1998, p. 122.

(21) J.-L. FAGNART, « Charge de la preuve et responsabilité médicales », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 91 et s.; R.-O. DALCO, « Réflexion au sujet de la charge de la preuve », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53 et s.

(22) Cass., 14 décembre 2001, C.98.0469, *Jaarboek Mensenrechten*, 2001-2002, p. 255, note TROUET; *J.T.*, 2002, p. 261, note TROUET; *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, note LELEU et GENICOT; *Journ. jur.*, 2002, p. 6; *Pas.*, 2001, p. 2129, concl. du JARDIN; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.494; *R.G.D.C.*, 2002, p. 328, concl. du JARDIN, note TROUET; *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 239, note FAGNART.

de responsabilité médicale, décide que la partie qui introduit une demande fondée sur une infraction doit prouver la réunion des éléments constitutifs de celle-ci et son imputabilité à la partie adverse. Si l'adversaire invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, il appartient au demandeur de prouver que cette cause de justification n'existe pas. Cette motivation est spécifique aux fautes civiles qui constituent simultanément une infraction pénale. C'est donc valable pour les médecins, parce que la faute du médecin qui entraîne un dommage corporel pour la victime constitue l'infraction de coups et blessures involontaires. Ce n'est pas transposable pour toutes les professions (23).

7. 2004. — Charge de la preuve du devoir d'information du dispensateur de crédit. Par arrêt du 10 décembre 2004 (24), concernant l'obligation d'information de l'organisme de crédit, la Cour rappelle les obligations réciproques d'information qui pèsent sur le consommateur et le prêteur en vertu de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation. Le consommateur doit fournir toutes les informations utiles permettant au prêteur (ou à l'intermédiaire) d'apprécier sa situation financière et sa capacité de remboursement. D'autre part, le prêteur doit fournir au consommateur toute information utile sur le crédit et doit rechercher le type de crédit le plus adapté à sa situation. Il ne peut conclure le contrat que s'il estime, sur la base des informations dont il dispose ou devrait disposer, que le consommateur serait en mesure de rembourser le crédit. La Cour décide alors que le consommateur supporte la charge de la preuve du manquement du prêteur à ses obligations, sans préjudice du devoir du prêteur de participer à la charge de la preuve dans les limites légalement déterminées. Contrairement à l'arrêt de 1968, la Cour fait peser la charge de la preuve sur le créancier de l'information. La Cour casse donc la décision du tribunal de première instance d'Ypres qui faisait peser la charge de la preuve du devoir actif d'examen sur le prêteur. Cette solution est toutefois actuellement condamnée par la Cour de justice de l'Union (voy. *infra*, n° 14).

8. 2004. — Charge de la preuve du devoir d'information du médecin. Le 16 décembre 2004, la Cour prononce deux arrêts en matière de responsabilité médicale. Dans un premier arrêt (25), elle rappelle que, conformément à l'article 870 du Code judiciaire, toute partie est tenue d'apporter la preuve des faits qu'elle allègue. En cas de contestation de droit civil en matière de dommage à indemniser, la charge de la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité incombe à la personne qui demande réparation pour le dommage qu'elle a subi. L'obligation d'information d'un médecin ne constitue pas une obligation de résultat. Un patient qui allègue que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information doit en administrer la preuve.

(23) R.-O. DALCO, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *R.G.A.R.*, 2002, n° 12488.

(24) Cass., 10 décembre 2004, C.03.0143.N, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note DE PATOUL; *NjW*, 2005, p. 951; *Pas.*, 2004, p. 1962; *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note BUYLE; *J.J.P.*, 2007, p. 392, note STEENNOT.

(25) Cass., 16 décembre 2004, *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 298.

Dans la seconde espèce (26), la Cour débute son raisonnement exactement comme dans l'autre décision (rappel de l'article 870 et de la charge de la preuve des éléments de la responsabilité). Elle poursuit en indiquant qu'il n'est pas dérogé à ces règles par l'article 1315, alinéa 2, du Code civil, selon lequel celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Le juge peut considérer que la preuve d'un fait négatif ne doit pas être apportée avec la même rigueur que celle d'un fait affirmatif mais il ne peut dispenser de cette preuve la partie demanderesse et imposer à la partie adverse la preuve du fait positif contraire. À nouveau, la Cour fait peser la charge de la preuve sur le créancier de l'information. C'est donc au patient (ou au client) d'établir que le professionnel ne l'a pas correctement informé. Cet arrêt est dans la lignée des arrêts du 10 décembre 2004 et du 14 décembre 2001 mais s'écarte de l'enseignement de l'arrêt du 26 janvier 1968. On peut également noter deux autres arrêts qui, sans être décisifs sur cette question, s'inscrivent dans la mouvance des arrêts de décembre 2004. Dans un arrêt du 12 mai 2006 (27), la Cour constate que le juge du fond a relevé l'existence d'un défaut d'information du patient par le médecin. L'inexécution de cette obligation était établie, de telle sorte que la question de la charge de la preuve ne se posait pas. En revanche, il ressort de cet arrêt que la charge de la preuve du lien causal entre cette faute et le dommage incombe au patient. Même raisonnement dans un arrêt du 11 juin 2009 (28).

9. 2006. — Charge de la preuve du devoir d'information des assureurs au Fonds des Accidents du Travail. Dans un arrêt du 20 mars 2006 (29), la Cour traite d'un problème de communication entre un assureur loi et le Fonds des accidents du travail. Conformément à l'article 6ter de l'arrêté royal du 21 décembre 1971 concernant les allocations et l'assistance sociale accordées par le Fonds des accidents du travail, l'assureur loi est légalement tenu de transmettre au Fonds des accidents du travail une copie de l'accord homologué concernant les allocations pour cause d'accident du travail visé à l'article 65 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, dans les deux semaines de la date de l'homologation de l'accord. Or, dans le cas d'espèce, le Fonds déclare ne pas avoir reçu cette communication. La Cour, comme dans d'autres arrêts, commence par rappeler le prescrit des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire. Elle énonce le principe connu en doctrine sous l'appellation de «risque de la preuve» en relevant que l'incertitude ou le doute qui subsistent une fois la preuve administrée ne peuvent bénéficier à la partie qui a la charge de la preuve. L'arrêt attaqué de la cour d'appel d'Anvers a décidé qu'il appartient au bénéficiaire de l'allocation de prouver que l'assureur loi n'a pas respecté son obligation légale de communiquer l'accord homologué au Fonds dans le délai fixé et, eu égard au doute et à l'incertitude subsistant quant à cette communication, a débouté

(26) Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168; *NjW*, 2006, p. 316; *Pas.*, 2004, p. 2022; *R.G.A.R.*, 2006, n° 14161, note; *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note NYS; *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note LIERMAN.

(27) Cass., 12 mai 2006, C.05.0021.F, *J.T.*, 2006, p. 491, note; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1170; *Pas.*, 2006, p. 1112, concl. DE KOSTER; *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 116, note FAGNART.

(28) Cass., 11 juin 2009, C.08.0199.F, *J.L.M.B.*, 2010, p. 967; *Pas.*, 2009, p. 1501, concl. DE KOSTER; *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 27, note VAN ENIS.

(29) Cass., 20 mars 2006, C.04.0441.N, *Pas.*, 2006, p. 629; *Chron. D.S.*, 2007, p. 332.

l'allocataire de sa demande tendant à des dommages-intérêts par le motif qu'elle n'apporte pas cette preuve. La Cour indique alors que «[c]'est à tort que l'arrêt, qui a constaté dans un premier temps que [l'assureur loi] avait une obligation légale, charge [l'allocataire] de la preuve du non-respect par [l'assureur loi] de l'obligation légale de transmettre l'accord homologué alors qu'il incombe à [celui-ci] d'apporter la preuve de l'extinction de son obligation par son exécution». Cet arrêt, fort peu commenté (30), est pourtant l'un des plus explicites de cette série. Il met à nouveau la charge de la preuve sur le débiteur de l'information en précisant que, lorsqu'il s'agit d'une obligation légale, il appartient au débiteur de démontrer sa libération. On peut comprendre à demi-mots qu'il suffit au créancier de démontrer l'existence de cette obligation légale d'information.

10. 2015. — Charge de la preuve du devoir d'information de l'avocat. Vient enfin l'arrêt du 25 juin 2015 commenté, qui impute également la charge de la preuve de la transmission de l'information au débiteur (professionnel). La plupart des commentateurs considèrent qu'il introduit une rupture par rapport aux arrêts de 2004 (31). Certains y voient le fruit d'une «divergence communautaire», les arrêts de 2004 étant rendus par une chambre néerlandophone et celui de 2015 par une chambre francophone (32). M.-A. Orlando estime toutefois que cet arrêt ne fait que consacrer une application classique de l'article 1315 et reste donc dans la ligne des arrêts du 16 décembre 2004 (33). Se livrant à une analyse des faits de la cause, elle constate que: (1) M<sup>e</sup> A. a prouvé l'obligation de paiement qui incombait à son client (art. 1315, al. 1) et que (2) M. B. a lui aussi prouvé qu'il n'avait pas été correctement informé de l'existence d'une possibilité d'obtenir l'aide juridique et a donc prouvé la faute de son avocat (art. 1315, al. 2). «Il s'est alors opéré un véritable retour à l'envoyeur, en ce sens que pour obtenir gain de cause, il appartenait désormais à l'avocat, en sa qualité de partie demanderesse, de démontrer que le moyen de défense invoqué par son client n'était pas établi ou, plus précisément, comme il l'affirmait, qu'il s'était bien exécuté de son obligation d'information, conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1315 du Code civil et à l'article 870 du Code judiciaire (troisième tour)» (34). Cet auteur conclut dès lors que l'arrêt de la

(30) Mis à part par W. VANDENBUSSCHE, «Over de bewijrsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?», *R.W.*, 2015-2016, pp. 1665 et s., n° 5.

(31) F. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 1519; I. REUSSENS, «Du devoir d'information du médecin au devoir de collaboration du patient: plaidoyer pour un dialogue thérapeutique», *op. cit.*, pp. 97 et s.; V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, pp. 7 et s.; W. VANDENBUSSCHE, «Over de bewijrsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?», *op. cit.*, pp. 1665 et s.; C. LEMMENS, «Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijrslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt», *Rev. dr. santé*, 2015-2016, pp. 352 et s.

(32) C. LEMMENS, «Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijrslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt», *op. cit.*, n° 15; W. VANDENBUSSCHE, «Over de bewijrsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?», *op. cit.*, p. 1668.

(33) M.-A. ORLANDO, «La charge de la preuve du devoir d'information du médecin: un revirement de jurisprudence?», *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.374.

(34) *Ibid.*, p. 15.374-4.

Cour de cassation du 25 juin 2015 ne peut être considéré comme un revirement de jurisprudence dans la mesure où c'est sur la base de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1315 du Code civil que l'avocat était tenu de démontrer qu'il avait respecté son obligation d'information, soit en sa qualité de partie demanderesse, et non en sa qualité de professionnel.

On peut répondre deux choses à ce raisonnement. Tout d'abord, si effectivement l'avocat avait prouvé l'existence de l'obligation de paiement et le client avait établi sa libération, il n'y aurait pas de troisième tour. La libération du client met fin au raisonnement. On n'aperçoit pas pourquoi l'avocat devrait encore prouver par la suite qu'il s'est bien conformé à son devoir d'information, alors que l'inverse a été démontré au deuxième tour. Plus fondamentalement, cette lecture n'est pas conforme à l'enseignement explicite de la Cour. Celle-ci ne se fonde pas sur le fait que M. B. avait effectivement prouvé qu'il n'avait pas reçu les informations requises, ce qui aurait rendu le débat sur la charge de la preuve sans objet (la charge de la preuve ne doit être déterminée que si, précisément, les éléments de preuve produits sont insuffisants pour établir les faits allégués). Au contraire, la Cour dit : « c'est à l'avocat qu'il incombe de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client ». Alors qu'en décembre 2004, la Cour avait dit : « l'obligation d'information d'un médecin ne constitue pas une obligation de résultat. Un patient qui allègue que le médecin n'a pas satisfait à son obligation d'information doit en administrer la preuve ». La contradiction entre les deux enseignements me paraît donc réelle. Quant à parler d'un revirement de jurisprudence, ce sont les décisions futures de la Cour qui nous diront si la solution de l'arrêt de 2015 va devenir pérenne.

Désormais, la Cour de cassation rejoint la position adoptée par son homologue française depuis 1997. Sur sept arrêts, la Cour a donc dit trois fois que la charge de la preuve pesait sur le créancier de l'information et quatre fois qu'elle pesait sur le débiteur de l'information.

11. La jurisprudence des juges du fond. Les juges du fond ont en majorité tendance, en matière médicale, à imputer la charge de la preuve du défaut d'information au patient (35). L'arrêt *Hédreul* de la Cour de cassation française a toutefois influencé certaines juridictions, qui ont adopté une position plus favorable au patient (36). La cour d'appel de Bruxelles a également appliqué les principes relatifs à la preuve d'une infraction mais a toutefois considéré, dans le cas d'espèce, que la cause de justification invoquée par le

(35) Anvers, 30 mars 1998, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 29; Civ. Bruxelles, 21 décembre 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1357, note Nys; Mons, 11 janvier 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.353; *Rev. dr. santé*, 1999-2000, p. 278, note VANSWEEVELT; Civ. Neufchâteau, 9 juin 1999, *Rev. dr. santé*, 2000-2001, p. 296; Anvers, 20 septembre 1999, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 159; Gand, 6 avril 2000, *T.G.R.*, 2000, p. 158; Liège, 4 janvier 2001, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 330; Liège, 10 mai 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 247; Anvers, 28 juin 2001, *Rev. dr. santé*, 2003-2004, p. 181; Liège, 11 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2010, p. 734; Civ. Bruxelles, 14 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14654; Gand, 28 octobre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 234; Gand, 9 février 2012, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 26.

(36) Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139, note VANSWEEVELT; Anvers, 22 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 544, note Nys; *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 144; Civ. Namur, 30 mars 2001, *Rev. dr. santé*, 2001-2002, p. 34.

médecin était inexistante (37). L'arrêt commenté de 2015 quant à lui a déjà inspiré deux décisions du tribunal de première instance de Bruxelles, qui ont imputé la charge de la preuve au médecin (38). La cour d'appel d'Anvers adopte la même position, dans deux arrêts assez laconiques (39). Le tribunal de première instance de Liège s'en tient à la jurisprudence antérieure à cet arrêt, favorable au médecin (40).

À l'égard d'un courtier en assurances, la cour d'appel de Liège a décidé que le défaut d'information devait être prouvé par le client (41). Même solution devant le tribunal de commerce de Bruxelles pour ce qui concerne le devoir de conseil de l'intermédiaire financier (42), ainsi que devant la cour d'appel de Bruxelles pour le notaire (43). Le devoir d'information du courtier en assurances et de l'intermédiaire financier est actuellement fortement encadré par la réglementation « MiFID » (44).

En matière de franchise, la cour d'appel d'Anvers a adopté une position plus originale, imputant la charge de la preuve au banquier en se fondant sur la théorie de la meilleure aptitude à la preuve (45). En revanche, pour une opération bancaire complexe et face à un client expérimenté, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que l'obligation de conseil du banquier était une obligation de moyens (46).

On le voit, la jurisprudence des juges du fond est tout aussi contrastée que celle de la Cour de cassation, avec toutefois une majorité de décisions qui attribuent la charge de la preuve de l'inexécution au créancier de l'information.

(37) Bruxelles, 8 janvier 2007, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14286.

(38) Civ. Bruxelles, 29 février 2016, *Consilio M.*, 2016, p. 97, note REUSENS; *J.L.M.B.*, 2016, p. 1954, note GENICOT; *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 370; Civ. Bruxelles, 5 avril 2016, *J.T.*, 2016, p. 404, note GLANSDORFF.

(39) Anvers, 21 novembre 2016, *NjW*, 2017, p. 542, note BODDEZ et CALLENS; *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 32, note LEMMENS; Anvers, 12 décembre 2016, *NjW*, 2017, p. 544, note BODDEZ et CALLENS; *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 34, note LEMMENS.

(40) Civ. Liège, 6 novembre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.279.

(41) Liège, 1<sup>er</sup> juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 433, note VANDENBUSSCHE.

(42) Comm. fr. Bruxelles, 23 février 2016, *J.T.*, 2016, p. 731.

(43) Bruxelles, 1<sup>er</sup> avril 2004, *R.G.* 2002/AR/254, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Bruxelles, 16 décembre 2008, *T. Fam.*, 2012, p. 73.

(44) V. COLAERT et T. VAN DYCK, « MiFID [Richtlijn Markten voor Financiële Instrumenten] en de gedragsregels. Een nieuw juridisch kader voor beleggingsdiensten », *R.D.C.*, 2008, pp. 226 et s.; P. LONGFELS et I. OLEKSY, « Les nouvelles obligations d'information et de diligence issues de la "mifidisation" du secteur de l'assurance », *For. ass.*, 2014, pp. 120 et s.; A. HAMANN, « L'obligation d'information dans MiFID : un devoir du banquier vis-à-vis de son client... et vice-versa », *R.D.C.*, 2015, pp. 219 et s.; P. MOREAU, « [Directive sur les marchés d'instruments financiers] Les règles MiFID applicables au secteur de l'assurance : portrait d'une audacieuse réforme », *R.G.A.R.*, 2014, n° 15092; P. MOREAU, « L'information précontractuelle du client depuis l'application des règles MiFID au secteur de l'assurance », *Bull. ass.*, 2014, dossier, n° 20, pp. 39 et s.; M. WEINBERGER, « [La responsabilité des intermédiaires financiers — Le droit financier] Les services d'investissement — MiFID & MiFID II », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 5, *Droit bancaire et financier*, Waterloo, Kluwer, 2016, pp. 856 et s.

(45) Anvers, 15 juin 2015, *Limb. Rechtsl.*, 2016, p. 30, note VANDENBUSSCHE et PEERAER.

(46) Bruxelles, 30 septembre 2013, *R.D.C.*, 2015, p. 213.



## 4. — PEUT-ON TROUVER UN FIL CONDUCTEUR DANS CES DÉCISIONS ?

12. Une démarche hasardeuse ? La recherche d'une logique dans des arrêts apparemment contradictoires est toujours une gageure. Tenter de trouver un fil conducteur entre des décisions qui divergent peut même devenir une démarche artificielle, dans laquelle l'imagination du commentateur supplante l'intention réelle des auteurs de l'arrêt. Ce travers peut se rencontrer dans l'interprétation d'arrêts de cassation rendus par des chambres différentes ou autrement composées, dans des contextes parfois assez divers et à plusieurs années d'intervalle.

Dans le cas présent, il est difficile de trouver une cohérence qui réconcilie l'ensemble des arrêts prononcés. Il ressort de l'examen qui suit que la Cour paraît avoir abordé le problème en adoptant des méthodes différentes. J'examinerai, dans les numéros qui suivent, les différents fondements qui ont vocation à justifier les solutions adoptées.

13. L'application des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire. La Cour de cassation fait à plusieurs reprises référence aux articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire.

L'article 1315 dispose que :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

L'article 870 du Code judiciaire dispose que :

« Chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue ».

La lecture la plus simple que l'on puisse imaginer est l'application immédiate de l'article 870. Lorsque le créancier de l'obligation d'information (client/patient) soutient que le débiteur reste en défaut de communiquer l'information utile, il forme une allégation dont il lui appartient de rapporter la preuve. C'est le raisonnement défendu par certains auteurs (47).

Par contre, le problème se complique si on veut appliquer l'article 1315 du Code civil. En effet, l'alinéa premier impute la charge de la preuve à celui qui réclame l'exécution d'une obligation. Mais de quelle obligation parle-t-on ?

On peut envisager la question de deux manières. Dans la première approche, l'obligation à prouver est l'obligation d'information. Cette preuve est aisée à rapporter lorsque cette obligation est imposée par la loi, les règles déontologiques ou la jurisprudence. La preuve est dès lors évidente et la tâche du créancier de l'information sera facilement remplie. Il incombe alors au débiteur de l'obligation d'information, en application de l'alinéa 2 de l'article 1315, de démontrer qu'il est libéré et que son obligation est éteinte. Il doit donc établir qu'il a exécuté correctement son obligation. C'est la thèse

(47) S. LIERMAN, « Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts », *Rev. dr. santé*, 2004-2005, pp. 302 et s., n° 7 ; C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *op. cit.*, pp. 352 et s., n° 14.

défendue par F. Glansdorff (48). Cette lecture est très favorable au créancier de l'information puisque la preuve qui lui incombe est réduite à sa plus simple expression.

Dans une seconde lecture, l'obligation à prouver n'est pas l'obligation d'information mais l'obligation de réparation qui résulte de l'inexécution de l'obligation d'information. Dans ce cadre, le créancier doit prouver cette inexécution, son caractère fautif et le dommage qui en résulte. Sa tâche est plus complexe puisqu'il doit établir tous les éléments de la responsabilité de son cocontractant. Dans ce cas de figure, tout le débat se noue autour de l'application de l'article 1315, alinéa 1<sup>er</sup>. Si le créancier de l'information triomphe dans le cadre de ce débat, l'alinéa 2 de l'article 1315 ne concernera plus que la libération du débiteur de l'information, déclaré responsable. C'est la thèse défendue par J.-P. Buyle (49). Il distingue l'obligation primaire (l'obligation d'information) de l'obligation secondaire (l'obligation de réparation en cas d'inexécution de l'obligation primaire) et considère que le problème de charge de la preuve ne concerne que l'obligation secondaire.

L'examen des arrêts rendus par la Cour de cassation dans cette matière permet-il de déterminer quelle position elle a privilégiée ? Dans ce cadre, l'arrêt du 14 décembre 2001 doit être écarté, parce qu'il fait application des règles de la preuve en matière pénale.

Les arrêts de 1968, 2006 et 2015 paraissent s'inscrire dans la première lecture. Dans l'arrêt du 26 janvier 1968, la Cour dit qu'il résulte des règles de l'article 1315 que c'est à la commune qu'il incombe de prouver qu'elle s'est conformée à son obligation. On se trouve donc dans le cas du débiteur qui doit prouver qu'il s'est exécuté, soit l'article 1315, alinéa 2 (50). Dans l'arrêt du 20 mars 2006, la Cour décide que c'est à tort que l'arrêt attaqué, qui a constaté dans un premier temps que l'assureur loi avait une obligation légale, charge l'allocataire de la preuve du non-respect de cette obligation légale de transmettre l'accord homologué, alors qu'il incombe à l'assureur loi d'apporter la preuve de l'extinction de son obligation par son exécution. La Cour ne dit rien de la preuve requise en application de l'article 1315, alinéa 1<sup>er</sup>, mais paraît considérer qu'elle est rapportée par le seul fait de l'existence d'une obligation légale de l'assureur loi. En revanche, elle fait une allusion explicite à l'alinéa 2 de l'article 1315 en indiquant qu'il appartient à l'assureur loi de prouver l'extinction de son obligation par son exécution. L'obligation dont il est question est évidemment l'obligation (primaire) d'information et non l'obligation d'indemnisation de la personne lésée. Enfin, dans l'arrêt du 25 juin 2015, la Cour considère qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve que c'est à l'avocat de prouver qu'il s'est conformé à son obligation d'informer son client. À nouveau, c'est le débiteur qui doit prouver l'exécution (art. 1315, al. 2).

(48) F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », *op. cit.*, pp. 267 et s., n° 10 et s. ; F. GLANSDORFF, note sous Cass., 25 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 1519.

(49) J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », *op. cit.*, pp. 683 et s., n° 22 et 26. Dans le même sens : A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *op. cit.*, n° 1075.

(50) L'arrêt de 1968 est le seul dans lequel le moyen visait explicitement la violation de l'article 1315, alinéa 2.



Les autres arrêts paraissent en revanche reposer sur la seconde lecture. L'arrêt du 10 décembre 2004 (responsabilité du dispensateur de crédit) ne fait pas référence à l'article 1315 mais il énonce que le consommateur a la charge de la preuve du manquement du prêteur à ses obligations. Changement de décor: ce qui doit être prouvé ici par le créancier n'est pas l'existence de l'obligation d'information mais le manquement du prêteur. On est ici dans une logique de réparation. Le premier arrêt du 16 décembre 2004 se fonde sur l'article 870 C. jud. La Cour indique qu'il appartient à la victime, dans une contestation civile, de prouver la faute, le dommage et le lien causal. Elle répète cet enseignement dans le second arrêt du même jour et ajoute qu'il appartient au patient qui invoque que le médecin n'a pas respecté son devoir d'information et qu'il a ainsi subi un dommage la charge de le prouver. Très clairement également, on se situe dans un contexte de la preuve d'une demande de réparation d'un dommage.

La seule invocation de l'article 1315 ne suffit donc pas, pour autant que l'on recherche une logique dans ces décisions. Si c'est le cas, il faut aller plus loin.

**14. La preuve des faits négatifs.** Lorsque le créancier de l'obligation d'information prétend ne pas avoir reçu l'information requise, il doit apporter la preuve d'une proposition négative indéfinie: «je n'ai jamais reçu les renseignements». La solution réside-t-elle dès lors dans la problématique de la preuve des faits négatifs? La Cour évoque à plusieurs reprises cette question (arrêts du 26 janvier 1968, du 16 décembre 2004 et du 25 juin 2015). Or, sur ce point, sa jurisprudence n'a (pratiquement) jamais varié: même si la preuve d'un fait négatif est plus ardue, elle ne justifie pas un renversement de la charge de la preuve. Le juge pourra simplement être plus tolérant à l'égard de la partie qui supporte la charge de la preuve et se contenter d'une vraisemblance sans exiger une certitude absolue (51). La question de la preuve du fait négatif rappelle la problématique de la meilleure aptitude à la preuve. Cette théorie, née sous la plume de P. Esmein (52) et R. Demogue (53), tend à faire peser la charge de la preuve sur celui qui est le mieux placé pour prouver. La preuve des faits négatifs est le terrain de prédilection pour l'application de cette théorie: celui qui doit établir le fait positif est plus apte à prouver que son adversaire, qui doit établir une proposition négative indéfinie (je

(51) Cass., 27 février 1958, *R.C.J.B.*, 1959, p. 42; Cass., 10 avril 2003, C.02.0213.F, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1227; *Pas.*, 2003, p. 779; *R.G.A.R.*, 2004, n° 13.917; *R.G.D.C.*, 2006, p. 245; *Bull. ass.*, 2004 (abrégé), p. 124, note DE MASENEIRE; Cass., 16 décembre 2004, C.03.0407.N, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168; *NjW*, 2006, p. 316; *Pas.*, 2004, p. 2022; *R.G.A.R.*, 2006, n° 14161; *R.W.*, 2004-2005, p. 1553, note Nys; *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 299, note LIERMAN; Cass., 26 novembre 2010, C.09.0584.N, *Pas.*, 2010, p. 3022; Cass., 18 novembre 2011, C.09.0584.N, *J.L.M.B.*, 2012, p. 186; *Pas.*, 2011, p. 2558; *R.G.D.C.*, 2013, p. 516; *R.D.C.*, 2012 (sommaire VANDEN BERGHE), p. 313. On peut juste avoir une hésitation en lisant l'arrêt du 14 janvier 2005 (C.03.0622.N, *NjW*, 2005, p. 699, note BREMS; *Pas.*, 2005, I, p. 95; *R.C.J.B.*, 2006, p. 497, note VAN DROOCHENBROECK), dans lequel, derrière l'accumulation de doubles négatifs, on peut découvrir, pour la première fois, l'idée qu'un renversement de la charge de la preuve en matière de faits négatifs serait admissible. Cette ouverture ne s'est pas confirmée dans les arrêts subséquents de 2010 et 2011.

(52) P. ESMEIN, «Le fondement de la responsabilité contractuelle», *R.T.D. Civ.*, 1933, pp. 627 et s.

(53) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, pp. 542 et s.

n'ai jamais fait ceci, je n'ai jamais été à tel endroit, etc.). Cependant, comme indiqué ci-dessus, la Cour de cassation belge ne s'est pas laissée fléchir et n'accepte pas de renversement de la charge de la preuve. Au demeurant, le fondement de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve a été critiqué par M. Storme (54). En effet, la meilleure aptitude n'existe qu'au stade de l'administration de la preuve, lorsque les parties produisent au juge les éléments de preuve dont elles disposent. Lorsqu'on doit aborder la question de la charge de la preuve (entendue au sens de risque de la preuve), par définition, personne n'a été en mesure de produire des moyens de preuve déterminants, sans quoi le juge pourrait fonder sa décision sur ces éléments et ne devrait pas s'interroger sur le risque de la preuve. Il n'y a donc plus de partie plus apte à prouver à ce stade. H. Motulsky considère qu'il est choquant de voir succomber une partie sous le seul prétexte que la preuve lui aurait été plus facile qu'à son adversaire, alors que, par hypothèse, cette preuve n'a pu être faite (55). Faire peser la charge de la preuve sur la partie qui, dans le cadre de l'administration de la preuve, était en mesure de produire plus d'éléments de preuve que son adversaire revient en quelque sorte à lui reprocher une carence dans la preuve et lui en imputer la responsabilité. Il est intéressant de noter que des considérations tirées de la meilleure aptitude à la preuve apparaissent dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un arrêt relatif au devoir d'information de l'organisme de crédit, la Cour indique: «[i]l y a toutefois lieu de préciser que le respect de ce dernier principe (56) serait compromis si la charge de la preuve de la non-exécution des obligations prescrites aux articles 5 et 8 de la directive 2008/48 reposait sur le consommateur. En effet, ce dernier ne dispose pas des moyens lui permettant de prouver que le prêteur, d'une part, ne lui a pas fourni des informations prescrites à l'article 5 de cette directive et, d'autre part, n'a pas vérifié sa solvabilité» (57). Quand elle énonce que le consommateur «ne dispose pas des moyens lui permettant de prouver», c'est d'aptitude à la preuve qu'il s'agit.

On aurait pu croire les velléités d'introduire un autre régime de preuve des faits négatifs balayées par la jurisprudence récente de la Cour de cassation (58), qui s'en tient fermement à la jurisprudence classique. Le fait que l'arrêt du 25 juin 2015 évoque à nouveau la preuve d'un fait négatif est intrigant. En effet, la Cour aurait parfaitement pu s'abstenir d'en parler. Cela signifie-t-il que la difficulté de rapporter la preuve d'un fait négatif a quand même pesé dans la balance? Il est impossible de répondre à cette question à la simple lecture de l'arrêt.

Quand bien même la Cour s'en tiendrait-elle à sa jurisprudence traditionnelle sur cette question, elle admet toutefois un assouplissement du degré de certitude de la preuve à rapporter. Nous verrons que cet assouplissement peut aller très loin, au point d'alléger fortement la charge qui pèse sur le créancier de l'information (voy. *infra*, n° 20).

(54) M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Story-Scientia, 1962, n° 164, p. 157.

(55) H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, n° 125, p. 139.

(56) La Cour vise le principe d'effectivité du droit de l'Union.

(57) C.J.U.E., 18 décembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance c. Bakkaus*, point 27.

(58) Voy. *supra*, note 51.

15. La preuve de la faute constitutive d'une infraction. L'arrêt de 2001 est à classer à part dans cette jurisprudence. En effet, c'est le seul arrêt dans lequel la Cour invoque expressément les règles de la charge de la preuve d'une faute constitutive d'une infraction. En matière pénale, compte tenu de la présomption d'innocence du prévenu, il appartient à la partie poursuivante non seulement de prouver l'existence de l'infraction mais également l'absence de toute cause de justification invoquée de manière vraisemblable par le prévenu. Cette règle s'applique également lorsque la demande d'indemnisation formée par la partie lésée est portée devant les juridictions civiles. Le juge civil appliquera les règles de preuve du droit pénal, lorsque la faute imputée au défendeur est constitutive d'une infraction pénale. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point (59).

Or, cette jurisprudence est applicable à la responsabilité du médecin. Comme le relève la Cour de cassation dans l'arrêt du 14 décembre 2001 :

« Attendu que l'arrêt considère en substance que le médecin qui accomplit sans le consentement libre et éclairé du patient un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique de celui-ci commet un acte illicite et que l'obligation qui s'impose à lui de recueillir ce consentement, qui suppose qu'il donne au patient une information suffisante, est étrangère au contrat qui lie les parties ;

Qu'il résulte de ces considérations qu'aux yeux de la cour d'appel, la demande en réparation dont elle était saisie était fondée sur un acte illicite consistant en une atteinte à l'intégrité physique de la défenderesse et dès lors de nature à constituer l'infraction prévue aux articles 392 et 398 du Code pénal mais que cet acte eût été justifié si la défenderesse y avait donné son consentement libre et éclairé ;

Attendu qu'en matière civile, il incombe à la partie qui a introduit une demande fondée sur une infraction de prouver que les éléments constitutifs de celle-ci sont réunis, qu'elle est imputable à la partie adverse et, si cette dernière invoque une cause de justification sans que son allégation soit dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que cette cause de justification n'existe pas ;

Attendu que le demandeur a allégué devant la cour d'appel avoir recueilli le consentement libre et éclairé de la défenderesse avant de procéder à l'intervention litigieuse ;

Attendu que ce consentement eût été de nature à ôter tout caractère culpeux à un acte relevant de l'art de guérir et poursuivant un but curatif ou préventif d'ordre thérapeutique ;

Attendu que l'arrêt considère « que le médecin, qui est légalement et contractuellement tenu de l'obligation d'informer puis d'obtenir le consentement libre et éclairé de son patient, a la charge de prouver l'exécution de cette obligation » et décide, par les motifs que le moyen critique, que le demandeur échoue dans cette preuve ;

Attendu que l'obligation du médecin d'informer le patient sur l'intervention qu'il préconise s'explique par la nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention et que l'arrêt ne lui assigne d'ailleurs pas de fondement distinct ;

(59) Cass., 11 juin 2010, C.09.0178.F, *J.L.M.B.*, 2011, p. 311; *Pas.*, 2010, p. 1844; Cass., 7 mars 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 785, note MOSSELMANS; Cass., 30 septembre 2004, C.03.0527.F, *Pas.*, 2004, p. 1441; *Bull. ass.*, 2005, p. 497; *CRA*, 2005, p. 42; Cass., 13 novembre 1997, C.96.0285.N, *Bull. ass.*, 1998, p. 223, note MUYLDERMANS; *R.D.J.P.*, 1998, p. 231; *Pas.*, 1997, I, p. 1181; *Dr. circ.*, 1998, p. 115, note (a contrario); Cass., 22 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1195; *Dr. circ.*, 1996, p. 125.

Attendu que l'arrêt, qui ne constate pas que la cause de justification alléguée par le demandeur est dénuée de toute crédibilité mais repose sur la considération que la preuve de cette cause de justification lui incombe et qu'il n'y satisfait pas, renverse le fardeau de la preuve et viole, partant, toutes les dispositions légales visées au moyen, en cette branche, à l'exception de l'article 149 de la Constitution ;».

L'arrêt aboutit donc à imputer systématiquement la charge de la preuve au patient. En outre, il est généralisable à tous les débiteurs d'information dont l'obligation est pénalement sanctionnée. Il suffirait donc au plaideur consciencieux de vérifier si l'obligation de renseignement qui pèse sur son client n'est pas érigée en infraction par la loi pour que celui-ci soit automatiquement dispensé de la charge de la preuve. V. Callewaert a ainsi constaté que l'obligation du dispensateur de crédit de vérifier la capacité de remboursement de son client est punie d'une sanction pénale (60). Or, on sait que l'arrêt du 10 décembre 2004 a imputé la charge de la preuve au demandeur de crédit. Cet auteur se demande dès lors si la décision n'a pas été influencée par les règles de preuve applicables en matière pénale.

Je ne suis personnellement pas convaincu que l'arrêt de décembre 2004 constitue une application de cette jurisprudence. En effet, personne n'a abordé le problème sous cet angle : ni le juge du fond, ni le demandeur en cassation, ni la Cour. Dans les conclusions précédant l'arrêt de 2001, le Procureur général du Jardin indique clairement que cette approche ne doit être envisagée que si elle a été expressément soulevée dans le cadre du débat devant le juge du fond. Or, c'est le demandeur en cassation qui, dans son pourvoi, interprète l'acte dommageable en tant que « susceptible d'être réprimé sur la base des articles 392 et 398 du Code pénal », pour pouvoir étayer son moyen déduit de la méconnaissance des règles de preuve en matière d'infraction, alors que d'aucune manière les juges d'appel n'ont, pour le déclarer responsable, constaté les éléments d'une infraction à une loi pénale. Dans ces conditions, le Procureur général estime que, dès lors que la décision attaquée se borne à relever une faute de négligence, la Cour de cassation ne pourrait pas, sans se substituer au juge du fond, décider d'office que cette négligence ou imprudence, est constitutive d'une infraction, qui, d'ailleurs, ne pourrait pas être intentionnelle (61). La Cour n'a pas suivi le ministère public sur ce point et a considéré que la question avait été à tout le moins implicitement abordée par la cour d'appel.

Cet arrêt embarrasse manifestement certains commentateurs (62) parce qu'il perturbe l'application des règles civiles d'attribution de la charge de la preuve et ne permet aucune nuance. À ce titre, il constitue une véritable bombe à retardement. La généralisation de cette solution aboutirait à des discriminations peu justifiables, suivant que le professionnel ait la « chance » d'être soumis à une obligation d'information pénalement sanctionnée ou non. Il faudrait notamment faire un sort différent à l'avocat et au médecin sur

(60) V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, pp. 7 et s., n° 39.

(61) Dans le même sens : Cass., 15 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 495, concl. LECLERCQ.

(62) S. LIERMAN, « Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts », *op. cit.*, pp. 302 et s., n° 18; R.-O. DALCQ, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2001 », *op. cit.*, n° 13488.

cette base (63). V. Callewaert relève dès lors qu'une application systématique de cette jurisprudence en matière d'obligation d'information ferait renaître les critiques émises à l'égard de l'identité entre faute civile et faute pénale (64). C'est la raison pour laquelle magistrats et commentateurs recommandent de n'appliquer cette règle que quand elle est expressément invoquée. Selon R. Declercq, il faut que le demandeur invoque l'existence d'une infraction, sur laquelle il appuie sa demande civile (65).

La jurisprudence actuelle sur l'office du juge pourrait toutefois compliquer cette situation. En effet, depuis l'arrêt du 14 avril 2015 (66), il est de jurisprudence constante que «le juge doit rechercher relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties». Il pourrait donc décider, de sa propre initiative, d'appliquer les règles de la preuve pénale, même si aucune des parties ne le soulève (67). Bien plus, puisque le problème de preuve repose sur des «faits spécialement invoqués par les parties», on pourrait reprocher au juge de ne pas le faire et le moyen pourrait être soulevé pour la première fois en cassation (68).

Pour en sortir, J. Kirpatrick suggère une distinction. Il propose de traiter différemment l'hypothèse où le patient n'a pas du tout consenti à l'intervention et celle où il a donné son consentement sur la base d'informations incomplètes (69). Si le médecin est intervenu sans le consentement du patient, il a commis l'infraction de lésion corporelle volontaire et les règles de la preuve pénale sont alors d'application. Si le patient se borne à reprocher au médecin d'avoir manqué à son devoir d'information et de lui avoir ainsi causé un dommage, il ne lui impute que l'inexécution d'une obligation de nature civile (obligation précontractuelle ou contractuelle selon le cas). La charge de la preuve est alors régie par l'article 1315. Cette distinction aurait le mérite de limiter radicalement la portée de l'arrêt de 2001. Le problème est que, pour être légitime, l'intervention du médecin doit être autorisée par le consentement éclairé du patient. Si le patient a été mal informé, il n'a pu donner un consentement éclairé et l'intervention du médecin n'est alors pas justifiée. On pourrait assimiler le consentement donné sur des bases erronées à l'absence

(63) Voy. cependant les observations de droit comparé de W. VANDENBUSSCHE, «Over de bewijsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?», *op. cit.*, p. 1668.

(64) V. CALLEWAERT, «La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient: la révolution copernicienne?», *op. cit.*, n° 41.

(65) R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Malines, Kluwer, 2007, n° 1713, p. 799.

(66) Cass., 14 avril 2015, *Pas.*, 2005, p. 862, arrêt «Garage Spinoit».

(67) P. HENRY et B. DE COCQUEAU, «À propos du consentement libre et éclairé du patient», *op. cit.*, pp. 161 et s., n° 58.

(68) Cela étant, la jurisprudence de la Cour n'est pas parfaitement univoque concernant la recevabilité d'un tel moyen en cassation, certaines décisions continuant à exiger que le moyen ait été soulevé dans le débat au fond, soit par les parties, soit par le juge lui-même (voy. Ph. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.F. VAN DROOCHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2012, n° 450 et s., et la jurisprudence citée).

(69) J. KIRKPATRICK, «Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens», *R.C.J.B.*, 2010, pp. 513 et s., n° 11 et 12. Dans le même sens, G. GÉNICOT, «Blouses blanches et robes noires: ce que le droit attend des médecins», *op. cit.*, pp. 145 et s., n° 27.

de consentement. Dès lors, comme l'écrit C. Trouet: «[q]ue le consentement éclairé du patient soit de nature contractuelle, unilatérale ou matérielle, l'action qu'introduit le patient est et reste fondée sur une infraction. Le fait de qualifier l'intervention du médecin comme infraction de manière implicite ou de manière explicite ne fait pas de différence» (70). Cette jurisprudence pourrait donc avoir un champ d'application plus large que les limites dans lesquelles certains auteurs souhaitent la cantonner.

**16. Obligation de moyens et de résultat.** Dans le premier arrêt du 16 décembre 2004, la Cour fait allusion au fait que le devoir d'information du médecin ne constitue pas une obligation de résultat. Cette affirmation est-elle généralisable à toute obligation d'information? La réponse est certainement nuancée et dépend du type d'information à communiquer. S'il s'agit d'une information simple, on devrait conclure qu'il s'agit d'une obligation de résultat. C'est certainement le cas pour l'obligation de la commune dans l'arrêt du 26 janvier 1968 (elle doit communiquer le changement d'état de l'allocataire à la Caisse nationale) ou de l'assureur loi dans l'arrêt du 20 mars 2006 (il doit communiquer l'accord-indemnité au Fonds). Dans l'arrêt annoté, l'information que l'avocat doit donner à son client concerne les possibilités d'obtention de l'aide juridique. Ce n'est pas *a priori* une information complexe, si ce n'est qu'elle dépend des renseignements communiqués par le client à l'avocat. En revanche, s'il s'agit d'un conseil, l'obligation du professionnel s'apparente davantage à une obligation de moyens (71). Le conseil correspond à la mise en relations du renseignement brut avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information (72). On peut en outre distinguer la transmission de l'information, qui, par son absence d'aléa, s'apparente à une obligation de résultat (73) et son contenu qui, en fonction du contexte, peut donc relever aussi bien de l'obligation de moyens que de l'obligation de résultat. Dès lors, on comprend mal l'affirmation péremptoire de la Cour dans l'arrêt de 2004.

(70) C. TROUET, «Observations», *J.T.*, 2002, p. 265, également disponible en néerlandais: «De bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep», *R.G.D.C.*, 2002, pp. 335 et s., n° 23.

(71) B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)», *T.P.R.*, 2015/2, pp. 597 et s., n° 130; J.-P. BUYLE, «Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations», *op. cit.*, pp. 683 et s., n° 10; J. CRUYPLANTS et G. DAVID, «La responsabilité civile des conseillers externes de l'entreprise», *op. cit.*, pp. 85 et s., spéc. p. 106; B. DUBUISSON, «Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle», in *La théorie générale des obligations*, coll. Formation CUP, vol. XXVII, Liège, éd. Commission Université-Palais, 1998, pp. 95 et s., n° 27; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats — Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 496; F. GLANSDORFF, «Introduction générale», *op. cit.*, pp. 31 et s., spéc. p. 37; F. GLANSDORFF, «L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve», *op. cit.*, pp. 267 et s., n° 18; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, «Le devoir de conseil de l'avocat et de l'huissier de justice», *op. cit.*, pp. 51 et s., spéc. pp. 58 et s.; G. VINET, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n° 548, p. 626.

(72) M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats — Essai d'une théorie*, *op. cit.*, n° 494.

(73) *Ibid.*

Sans doute était-elle adaptée aux circonstances de la cause mais l'apparence d'affirmation de principe manque de nuances (74).

Plus fondamentalement, le recours au concept d'obligation de résultat est, en principe du moins, sans pertinence. Il convient en effet de décomposer la preuve de la responsabilité contractuelle en plusieurs étapes (75).

- Stade 1 : il faut prouver l'existence de l'obligation dont la violation est alléguée (il est unanimement admis qu'à ce stade, la charge de la preuve de cet élément pèse sur le créancier — c'est l'application du premier alinéa de l'article 1315 du Code civil).
- Stade 2 : il faut prouver l'absence d'exécution de cette obligation, en d'autres termes, l'absence de résultat satisfaisant (je reviendrai plus loin sur la charge de la preuve de cet élément).
- Stade 3 : enfin il faut prouver que cette inexécution résulte d'une faute du cocontractant et que cette faute est en lien causal avec le dommage subi (la charge de la preuve, sur ce point, varie suivant qu'il s'agit d'une obligation de moyens ou de résultat).

La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat n'intervient, en règle, qu'au troisième stade : celui de la preuve de la faute. Or, dans la problématique qui nous occupe, ce n'est pas l'objet de la discussion. La question n'est pas de savoir si le médecin ou l'avocat (ou tout autre professionnel) a commis une faute en ne communiquant pas l'information mais de déterminer si l'information a bien été transmise. On se situe donc au deuxième stade du raisonnement. En principe, la question de savoir si l'obligation est de moyens ou de résultat est sans intérêt à ce stade.

Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Bon nombre d'auteurs (76) considèrent que la preuve de l'inexécution pèse sur le créancier, que l'obliga-

(74) Selon J. Kirkpatrick, dans le second arrêt du 16 décembre 2004, qui est muet sur la qualification de l'obligation du médecin, il n'était plus question « de nier qu'il s'agissait d'une obligation de résultat (ce qui n'était pas douteux en l'espèce) » (J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, pp. 513 et s., n° 15). Je n'en suis pas sûr. Le fait que la Cour ne dise rien au sujet de la qualification de l'obligation ne permet pas de considérer qu'elle a implicitement reconnu qu'il s'agissait d'une obligation de résultat.

(75) V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, pp. 7 et s., n° 36; F. GLANSDORFF, « L'obligation d'information de l'avocat et la charge de la preuve », *op. cit.*, pp. 267 et s., n° 21, p. 289.

(76) En Belgique : B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013) », *op. cit.*, pp. 597 et s., n° 127; J.-P. BUYLE, « Les devoirs précontractuels du prêteur en matière de crédit à la consommation et la charge de la preuve du manquement à ces obligations », *op. cit.*, pp. 683 et s., n° 22; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, n° 145; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, *op. cit.*, n° 1075; B. DUBUISSON, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, pp. 94 et s., n° 11; G. GENICOT, « Blouses blanches et robes noires : ce que le droit attend des médecins », *op. cit.*, pp. 145 et s., n° 24; J. HEENEN, « Preuve de la conformité des marchandises vendues », *R.C.J.B.*, 1952, pp. 207 et s.; B. KOHL, « Examen de jurisprudence (1992-2010) Les contrats spéciaux — Le louage d'ouvrage (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2017, pp. 447 et s., n° 153; C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *op. cit.*, pp. 352 et s., n° 11; S. LIERMAN, « Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts », *op. cit.*, pp. 302 et s., n° 13; B. SAMYN, *Privaatrechte-*

tion soit de moyens ou de résultat. Même dans l'hypothèse d'une obligation de résultat, c'est donc le créancier qui doit démontrer l'absence de résultat satisfaisant. Dans ce contexte, la jurisprudence de 2004 est la plus logique. Puisqu'il appartient au créancier de prouver l'absence de résultat, c'est donc le client/patient qui doit démontrer l'absence de transmission de l'information nécessaire.

Cette opinion est toutefois loin d'être partagée par l'ensemble de la doctrine. D'autres auteurs (77) considèrent en effet qu'en matière d'obligation de résultat, non seulement la faute mais aussi l'inexécution est présumée. Le créancier peut se contenter de prouver l'existence de l'obligation. Le débiteur doit alors établir l'existence du résultat souhaité ou, à tout le moins, l'existence d'une cause étrangère libératoire. Le concept d'obligation de résultat présente dans ce cas toute son utilité dès le deuxième stade du raisonnement. Dans cette hypothèse, c'est l'arrêt de 2015 qui est le plus adéquat : puisque le créancier de l'obligation ne doit pas prouver l'inexécution, il est normal que le professionnel doive établir qu'il a communiqué les renseignements adéquats. Cette opinion doctrinale est cependant plutôt minoritaire, de telle sorte qu'elle constitue un fondement pour le moins incertain à l'arrêt commenté.

La Cour de cassation s'est également prononcée sur cette question. Dans un arrêt du 10 décembre 1953 (78), relatif à l'obligation d'un entrepreneur qui avait garanti l'étanchéité des caves de son client, elle a décidé qu'il appartenait à la partie qui invoque l'inexécution d'une obligation de résultat d'établir l'existence de l'obligation et le fait que le résultat promis n'avait pas été atteint. Elle paraît donc s'inscrire dans le premier courant, qui impute au

*lijik bewijs*, Gand, Story publisher, 2012, n° 177; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, *op. cit.*, n° 419 et s.; X. THUNIS, « Théorie générale de la faute », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, liv. 20bis, Waterloo, Kluwer, n° 53; W. VANDENBUSSCHE, « Over de bewijslast bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren ? », *op. cit.*, pp. 1665 et s., n° 12; P. VAN OMMESLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 15, p. 51; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 548. En France : A. BÉNABENT, *Droit civil — Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2007, n° 408; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2007, p. 495; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2007, n° 201; C. LARROUMET, *Droit civil — Les obligations — Le contrat*, t. III, 2<sup>e</sup> partie, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2007, n° 606; Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1521; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, n° 946; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations — 2 Contrat*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1995, n° 1019; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 580; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 530, p. 600.

(77) B. CATTOIR, *Burgerlijk bewijsrecht*, coll. A.P.R., Malines, Kluwer, 2013, n° 170; DE PAGE, *Traité*, t. II, n° 596; J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », *R.C.J.B.*, 1959, pp. 46 et s., spéc. pp. 55 et s.; J. KIRKPATRICK, « Essai sur les règles régissant la charge de la preuve en droit belge », *op. cit.*, pp. 105 et s., n° 8; J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, pp. 513 et s., n° 7; A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I<sup>er</sup>, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1965, p. 780, n° 694-2; L. VAN VALCKENBORGH, « De kwalificatie van een verbintenissen als resultaat- of middelenverbintenissen », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 222 et s., n° 2; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 130.

(78) Cass., 10 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 290.

créancier la charge de la preuve de l'absence de résultat. La question n'est pas abordée directement dans les arrêts évoqués plus haut mais apparaît néanmoins en filigrane. Dans l'arrêt du 26 janvier 1968, la Cour déclare « qu'il résulte des règles relatives à la charge de la preuve, telles qu'elles se déduisent de l'article 1315 du Code civil, que c'est à la commune qu'il incombe de prouver qu'elle s'est conformée à son obligation en donnant avis à la Caisse nationale, et non à celle-ci de prouver le fait négatif que l'administration communale n'a pas donné cet avis ». Quand la Cour dit que la commune doit « prouver qu'elle s'est conformée à son obligation en donnant avis à la Caisse nationale », implicitement elle lui impute la charge de la preuve du caractère satisfaisant de l'exécution de l'obligation. On pourrait donc déduire de cet arrêt que la Cour considère non seulement que l'obligation de la commune est une obligation de résultat mais en outre qu'il lui appartient de prouver qu'elle a correctement exécuté cette obligation. Dans l'arrêt du 20 mars 2006, la Cour décide que c'est à tort que « l'arrêt, qui a constaté dans un premier temps que la défenderesse [l'assureur loi] avait une obligation légale, charge la demanderesse [l'allocataire] de la preuve du non-respect par la première défenderesse [l'assureur loi] de l'obligation légale de transmettre l'accord homologué alors qu'il incombe à celle-ci d'apporter la preuve de l'extinction de son obligation par son exécution ». La Cour insiste sur le fait que l'obligation de l'assureur loi est une obligation légale, sans toutefois la qualifier. Elle en déduit toutefois que l'arrêt attaqué ne pouvait dès lors pas imputer la charge de la preuve de l'inexécution de cette obligation au créancier. Il appartenait au contraire au débiteur de prouver sa libération, par l'exécution de son obligation. La Cour fait ici une référence assez claire à l'article 1315, alinéa 2, C. civ., mais ce n'est pas incompatible avec l'existence d'une obligation de résultat. Sauf à considérer que la charge de la preuve dépendrait du caractère légal ou conventionnel de l'obligation (distinction qui n'apparaît nulle part en doctrine et en jurisprudence<sup>(79)</sup>), on peut inférer de cet arrêt que la Cour considère à nouveau que l'obligation de l'assureur loi était une obligation de résultat et que la preuve de la correcte exécution pesait sur le débiteur. Enfin, dans l'un des deux arrêts du 16 décembre 2004, la Cour déclare que : « [o]verwegende dat de informatieplicht van een arts geen resultaatsverbintenis uitmaakt; Dat een patiënt die aanvoert dat de arts niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan, het bewijs daarvan dient te leveren ». Dans le raisonnement de la Cour, puisque l'obligation d'information du médecin n'est pas une obligation de résultat, il appartient au patient de rapporter la preuve de l'inexécution de l'obligation. *A contrario*, on peut donc considérer que s'il s'agissait d'une obligation de résultat, c'est le débiteur de l'obligation (le médecin) qui aurait dû prouver la correcte exécution.

Sur ce point également, on constate donc des contradictions dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Le seul arrêt véritablement explicite est le plus ancien et il est isolé. Les trois arrêts les plus récents vont dans le même sens mais la solution n'est pas clairement exprimée et doit être déduite des termes des décisions. Le point suivant nous aidera peut-être à sortir de ces contradictions.

(79) J. KIRKPATRICK, « Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens », *op. cit.*, pp. 513 et s., n° 8.

**17. Charge de la preuve de l'obligation totalement ou partiellement inexécutée.** La solution ne réside-t-elle pas dans la distinction entre la preuve de l'existence de l'exécution et la preuve de son caractère adéquat (80) ? En France, une doctrine déjà ancienne réserve un sort différent à l'obligation totalement inexécutée et l'obligation exécutée d'une manière insatisfaisante pour le créancier (81). Dans cette approche, il appartient au débiteur de prouver l'existence de l'exécution (il doit prouver *le fait* de l'exécution). Une fois cette preuve rapportée, il appartient au créancier de démontrer que cette exécution n'est pas satisfaisante (il doit prouver *l'absence de qualité* de l'exécution). Par exemple, l'entrepreneur doit établir qu'il a exécuté les travaux et le maître de l'ouvrage doit prouver que ces travaux sont affectés de malfaçons. Cette distinction se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation française (82). Certains auteurs belges y ont fait écho (83). Il convient alors de distinguer l'absence d'exécution et l'absence de résultat. S'il n'y a pas d'exécution, il n'y évidemment pas de résultat. Toutefois, il se peut que le débiteur se soit exécuté (il a fait quelque chose) mais que le résultat ne soit néanmoins pas atteint (l'action du débiteur est insuffisante).

Si on transpose cette distinction dans notre discussion, le deuxième stade du raisonnement devrait se diviser en deux sous-hypothèses, même si l'obligation d'information est une obligation de résultat :

— Stade 2 — A : le débiteur doit prouver qu'il a exécuté son obligation (l'existence de l'exécution) ;

(80) Pour des développements plus importants sur cette question, voy. D. MOUGENOT, « La charge de la preuve en matière de responsabilité contractuelle : la distinction entre l'obligation totalement ou partiellement inexécutée au secours du praticien », in S. STIENS et P. WERY (dir.), *Le juge et le contrat*, Bruges, la Chartre, 2014, pp. 409 et s.

(81) E. BARTIN sur AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Marchal-Billard et Godde, 1922, § 749, note 19bis ; R. BEINEX, « La charge de la preuve de l'exécution en matière de responsabilité contractuelle », *Rev. crit. lég. et jur.*, 1938, p. 665 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1952, n° 700 ; A. TUNC sur H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. I<sup>er</sup>, 6<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 785, note 7 ; M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *Dall.*, doctr., 2011, pp. 465 et s., n° 15 ; A. BENABENT, note sous Cass., 19 mars 1996, *Deffrénois*, 1996, p. 1437 ; P. JOURDAIN, note sous Cass., 14 février 1996 et 19 mars 1996, *Dall.*, 1997, sommaires commentés, p. 27 ; J.-L. MOURALIS, *v° Preuve*, *Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n° 994 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 530, p. 600 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 202.

(82) *La charge de la preuve de l'exécution pèse sur le débiteur en l'absence totale d'exécution* : Cass. Fr., 18 janvier 1989, *Dall.*, 1989, jurispr., p. 302, note LARROUMET ; *R.T.D. Civ.*, 1989, p. 558, note JOURDAIN ; Cass. Fr., 19 mars 1996, *Bull. civ.*, I, n° 147 ; *Dall.*, 1997, sommaires commentés, p. 27, note JOURDAIN ; *R.T.D. Civ.*, 1997, p. 142 ; *Deffrénois*, 1996, p. 1437, note BENABENT. *La charge de la preuve pèse sur le créancier en cas d'exécution défectueuse* : Cass. Fr. com., 3 décembre 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 409 ; Cass. Fr., 18 janvier 1989, *Dall.*, 1989, jurispr., p. 302, note LARROUMET ; *R.T.D. Civ.*, 1989, p. 558, note JOURDAIN ; Cass. Fr., 14 février 1996, *Bull. civ.*, III, n° 46 ; *R.J.D.A.*, 1996, n° 1418 ; *Dall.*, 1997, sommaires commentés, p. 27, obs. JOURDAIN ; *R.T.D. Civ.*, 1997, p. 142 ; *Deffrénois*, 1996, p. 1077, note BENABENT ; Cass. Fr., 3 juillet 1996, *Dall. Aff.*, 1996, p. 1161 ; *R.J.D.A.*, 1996, n° 1418 ; Cass. Fr., 7 février 2006, *Bull. civ.*, I, n° 60.

(83) A. DE BERSAQUES, note, *R.C.J.B.*, 1949, p. 135, n° 11 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 162 et s. ; J. KIRKPATRICK, « L'article 1315 du Code civil et la preuve des faits négatifs », *op. cit.*, p. 62, n° 16 ; P. VAN ONDERSLAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, *Droit des obligations*, vol. 1, *op. cit.*, n° 15, p. 51.

— Stade 2 — B: le créancier doit prouver le fait que cette exécution n'est pas de bonne qualité (le résultat n'est pas atteint).

Dans ce contexte, il appartiendrait au débiteur de l'obligation d'information (le professionnel) de prouver le fait de l'exécution: il a bien transmis les renseignements à son client/patient. Il reviendrait alors au créancier de l'obligation d'information (le client/patient) de démontrer que les renseignements transmis n'étaient pas complets, compréhensibles ou pertinents et ne lui ont pas permis de prendre attitude en connaissance de cause<sup>(84)</sup>. Un jugement du tribunal de première instance francophone de Bruxelles fait application, pour la première fois, de cette distinction en matière de responsabilité médicale<sup>(85)</sup>. Le tribunal expose à ce sujet: «Il résulte des considérations qui précèdent que, l'existence d'un devoir d'information et de conseil n'étant pas contestée, il incombe au médecin d'établir qu'il a exécuté son obligation. Dans ce cas, le patient doit soit démontrer que le résultat n'a pas été atteint (par exemple parce que l'information lui a été envoyée à une mauvaise adresse), soit que l'information et le conseil donnés ne correspondent pas à ce qu'aurait dû communiquer un médecin normalement prudent et diligent». Dans ce type de raisonnement, l'arrêt commenté de 2015 trouve toute sa logique.

Certains auteurs estiment que la distinction entre la preuve de la transmission de l'information et la preuve de son contenu est artificielle<sup>(86)</sup>. Il est vrai que cette distinction se prête mieux à l'analyse d'autres types d'obligations, telles que celles qui découlent de l'exécution d'un contrat de vente ou d'entreprise. On pourrait également rétorquer que cette conception peut mener à des effets pervers: il suffirait au prestataire de faire signer au client/patient une reconnaissance générale de communication des informations utiles, laissant alors ce dernier se débattre avec la charge de la preuve du caractère incomplet ou insatisfaisant de cette information. En outre, tout dépend de la présentation de l'obligation d'information et de son inexécution. Pour reprendre l'exemple de l'arrêt commenté, faut-il considérer l'obligation d'information concernant les possibilités d'obtenir l'aide juridique comme une obligation isolée et autonome, qui a dès lors été totalement inexécutée, ou comme une facette de l'obligation générale d'information de l'avocat, qui n'aurait alors été que partiellement exécutée. Dans le premier cas, il appartiendrait à l'avocat de prouver l'existence de la transmission de l'information. Dans le second cas, dès lors qu'il est certain qu'une partie de l'information a été communiquée au client, il appartiendrait alors à celui-ci de démontrer que cette information était insuffisante, en ce qui concerne l'aide juridique. Toutefois, le devoir d'informer le client concernant l'aide juridique est une obligation déontologique spécifique, ce qui tend à privilégier la première hypothèse. Mais ce ne sera certainement pas aussi clair dans tous les cas.

<sup>(84)</sup> Dans ce sens: M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats — Essai d'une théorie*, op. cit., pp. 430 et s., notamment n° 551.

<sup>(85)</sup> Civ. Bruxelles fr. (77<sup>e</sup> ch.), 5 avril 2016, R.G. 05/8357/A, *J.T.*, 2016, p. 404, note GLANSDORFF.

<sup>(86)</sup> V. RONNEAU, «La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle», in *Responsabilité, indemnisation et recours*, coll. Formation CUP, vol. 174, Liège, Anthémis, 2017, n° 20, p. 36; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de toetsandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, op. cit., n° 1081.

18. Preuve d'une obligation déterminée ou indéterminée. V. Ronneau propose encore une autre grille de lecture: la solution dépendrait du caractère déterminé ou non de l'obligation en cause<sup>(87)</sup>. Cet auteur relève que, dans tous les cas où la Cour de cassation a fait peser la charge de la preuve sur le débiteur de l'information, il s'agissait d'une obligation clairement circonscrite, dont, le cas échéant, le délai d'exécution était expressément indiqué. Dans l'arrêt de 1968, la commune doit communiquer à la Caisse nationale le décès ou le changement d'état du bénéficiaire de la pension. Dans l'arrêt de 2006, l'assureur loi doit communiquer l'accord indemnité au Fonds des accidents du travail (dans les deux semaines). Dans l'arrêt de 2015, l'avocat doit indiquer à son client s'il bénéficie de l'aide juridique. Il s'agit à chaque fois d'informations clairement déterminées. En revanche, dans les deux arrêts du 16 décembre 2004, l'obligation d'information du médecin à l'égard de son patient n'a pas de contenu précis: tout dépend des éléments du cas d'espèce, des risques de l'intervention. De même, dans l'arrêt du 10 décembre 2004, l'obligation d'information du dispensateur de crédit supposait une analyse de la situation concrète du demandeur de crédit. Dans ces deux cas, la charge de la preuve a donc été imputée au client/patient. Cette explication est séduisante mais revient finalement à la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat.

La doctrine s'est longuement penchée sur les critères qui permettent de distinguer obligation de moyens et obligations de résultat. Au-delà de la volonté supposée des parties, dont l'invocation peut paraître parfois factice, l'élément généralement retenu est la maîtrise du débiteur sur le résultat à atteindre. L'obligation devient une obligation de résultat lorsque les aléas de l'exécution sont inexistantes ou, à tout le moins limités, par exemple à cause de la simplicité de l'opération ou des compétences particulières du prestataire<sup>(88)</sup>. Dans cet examen, le caractère déterminé ou non de l'obligation est important. Plus l'objet de l'obligation est indéterminé, plus l'aléa est important. Par conséquent, une obligation clairement circonscrite pourra plus aisément être considérée comme une obligation de résultat qu'une obligation dont l'objet est défini en termes généraux.

Si on applique cette grille de lecture à la jurisprudence examinée, il faudrait en déduire que les cas où l'obligation qui pesait sur le débiteur était strictement définie constituent des obligations de résultat alors que ceux où l'obligation s'apparentait davantage à une obligation de conseil relèvent d'une obligation de moyens. On retombe donc dans la problématique évoquée plus haut, avec comme point central la question de la charge de la preuve de l'inexécution d'une obligation de résultat. Si on admet que cette charge pèse

<sup>(87)</sup> V. RONNEAU, «La charge de la preuve en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle», op. cit., n° 20, p. 37.

<sup>(88)</sup> B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, «Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013)», op. cit., pp. 597 et s., n° 129; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de toetsandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, op. cit., n° 818; B. DUBUISSON, «Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle», op. cit., pp. 95 et s., n° 27; B. KOHL, «Examen de jurisprudence (1992-2010) Les contrats spéciaux — Le louage d'ouvrage (deuxième partie)», op. cit., pp. 447 et s., n° 153; P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, op. cit., n° 549, p. 484; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil — Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 537 et s., pp. 609 et s.; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et Y. FLOUR, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 5<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 204.



sur le débiteur, qui doit établir la correcte exécution de son obligation, alors la distinction entre obligation déterminée ou indéterminée pourrait constituer une solution satisfaisante.

À cet égard, il paraît inadéquat de mettre sur le même pied les différentes décisions prises par la Cour de cassation. Les arrêts concernant l'obligation de la commune et de l'assureur loi portent sur une transmission de données extrêmement simple. Avec les progrès de l'informatisation, on pourrait même imaginer que cette communication soit entièrement automatisée. Dans ce cadre, il est artificiel de distinguer existence de l'information et son contenu. Une fois que l'information est transmise, cette transmission atteint nécessairement le résultat voulu, du fait du caractère réduit et peu complexe des données à communiquer. Par ailleurs, une telle communication ne peut avoir lieu que par écrit. On n'imagine pas un employé de la commune téléphoner à la Caisse nationale pour lui fournir l'information. Dans un tel contexte, il est logique d'imputer la charge de la preuve au débiteur de l'information. D'une part, il s'agit manifestement d'une obligation de résultat, vu l'absence quasi totale d'aléa, et d'autre part, le débiteur de l'information est le mieux placé pour rapporter cette preuve puisque cette transmission est nécessairement écrite. Même si la théorie de la meilleure aptitude à la preuve n'a pas été accueillie dans notre système juridique, elle n'est pas pour autant absente de droit comme principe systématique. L'équilibre de l'article 1315 est fondé sur cette théorie. Si les auteurs du Code civil n'ont pas imposé au créancier de prouver l'absence d'exécution de l'obligation, c'est parce qu'il est plus simple pour le débiteur de prouver cette exécution. Dès lors, lorsqu'il s'agit de la simple transmission d'une information qui est communiquée à l'état brut, sans que le contenu de l'information dépende d'une intervention du débiteur, et que cette communication se réalise normalement par voie postale, il est raisonnable d'imputer la charge de la preuve au débiteur, comme l'a fait la Cour.

À l'opposé, on trouve l'information du médecin au patient. De l'avenue unanime de la doctrine, cette information doit essentiellement être communiquée verbalement, dans le cadre du « colloque singulier » entre médecin et patient, l'écrit ne servant que d'aide-mémoire (89). Le contenu de cette information suppose une analyse de la situation du patient par le médecin et est nécessairement complexe. Dans ce cadre, il peut être opportun de distinguer l'existence de l'information (le médecin a-t-il dit quelque chose ?) et son contenu (cette information était-elle complète et adéquate ?). Le contenu de l'information ne peut certainement pas constituer une obligation de résultat, comme l'a relevé la Cour de cassation dans les arrêts de décembre 2004. On comprend mieux, dans ce contexte, que la charge de la preuve pèse sur le créancier de l'information.

(89) G. GÉNICOT, « Blouses blanches et robes noires : ce que le droit attend des médecins », *op. cit.*, pp. 145 et s., n° 10 ; Th. VANSWEEVELT et S. TACK, « Het recht op gezondheidsinformatie en geïnformeerde toestemming », in *Handboek gezondheidsrecht*, vol. II, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 331 et s., n° 839 ; P. HENRY et B. DE COCKEBAU, « L'information et le consentement du patient : les nouvelles balises », *op. cit.*, pp. 65-66 ; V. CALLEWAERT, « La preuve de la bonne exécution du devoir d'information du patient : la révolution copernicienne ? », *op. cit.*, pp. 7 et s., n° 49.

# 5. — LA CHARGE DE LA PREUVE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION : UNE FORME DE « REALPOLITIK » ?

19. Les objectifs cachés des tribunaux. Confronté aux divergences de la Cour de cassation française en matière de charge de la preuve, un auteur dépité conclut que l'article 1315 n'est pas utilisé comme un moyen rigoureux pour organiser la charge de la preuve de l'inexécution en matière contractuelle mais constitue plutôt « un instrument servant à parer les solutions de la Cour de cassation d'une apparence de rigueur, l'interprétation sollicitée étant étroitement liée au résultat souhaité » (90). Un autre auteur va dans le même sens et affirme de manière générale que la recherche d'une théorie générale de la charge de la preuve est vaine, parce que l'attribution du risque de la preuve est en réalité un puissant instrument de politique juridique (91). De ce fait, il considère que le législateur et la jurisprudence ont orienté de manière très pragmatique la détermination de la charge de la preuve afin de l'adapter aux finalités qu'ils poursuivent : la sécurité juridique, la protection de la partie faible... plus largement, la réalisation de la Justice et l'organisation des rapports sociaux en fonction du Droit. Ceci explique, selon lui, la grande diversité des solutions de fait, parfois divergentes et peu rationnelles sur un plan théorique, puisque les finalités recherchées peuvent varier fortement d'un cas d'espèce à l'autre. L'auteur relève qu'il est plus facile de jouer sur la détermination de la charge de la preuve que sur la règle de droit elle-même. En adaptant le risque de la preuve, on ne touche pas aux règles de droit substantiel mais on peut faciliter considérablement leur mise en œuvre. Les incertitudes dans la jurisprudence de la Cour de cassation pourraient être l'illustration de cette réflexion. Si on suit cette opinion, les décisions relatives à la charge de la preuve poursuivraient un but occulte, maquillé sous un raisonnement juridique de façade.

20. La préférence pour l'indétermination de la charge de la preuve. D'autres auteurs plaident tout simplement pour l'arrêt de la recherche d'un principe univoque en matière de charge de la preuve de l'obligation d'information. « Ne serait-il pas finalement plus sage et plus réaliste de renoncer dans ce domaine, comme cela a déjà été fait en matière de licenciement, à attribuer systématiquement la charge de la preuve à l'une des parties ? Ne pourrait-on laisser au juge le soin de demander à l'une et l'autre partie d'apporter les preuves dont elles disposent et de se faire une opinion au vu de ces preuves, quitte d'ailleurs à traiter plus sévèrement, en cas de doute, celle qui possédait la meilleure aptitude à la preuve ? » (92). La généralisation de cette opinion marquerait la fin de toute sécurité juridique ainsi que la résurgence de la théorie de la meilleure aptitude à la preuve.

(90) M. BUCHBERGER, « Le rôle de l'article 1315 du Code civil en cas d'inexécution d'un contrat », *op. cit.*, pp. 465 et s., n° 13. Dans le même sens en Belgique : C. LEMMENS, « Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt », *op. cit.*, pp. 352 et s., n° 12.

(91) J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Grenoble, Service de Reproduction des Thèses, 1980, n° 516.

(92) G. VINCY, « Chronique, Responsabilité civile », *J.C.P. G.*, 1997, D, n° 4068, p. 509.



Cela dit, certaines décisions prononcées en Belgique ne sont pas très loin de cette manière de penser. La cour d'appel d'Anvers(93) fut confrontée au cas d'un patient qui reprochait à son médecin de ne pas l'avoir averti des risques liés à une ablation de la rotule. Concernant la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation d'information, la cour considéra que, compte tenu des risques de l'intervention, elle pesait sur le médecin. Mais elle ajouta à titre surabondant que, à supposer que la charge de la preuve pèse sur le patient, cette preuve pouvait être rapportée par toutes voies de droit, en compris les présomptions, et qu'il n'apparaissait pas de l'affaire, prise dans son ensemble, de quelle manière le médecin aurait rempli son obligation d'information. Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation le rejeta, considérant que, par un raisonnement en fait, le juge du fond avait décidé que la preuve de la correcte exécution du devoir d'information du médecin n'était pas rapportée et que les questions relatives à la charge de la preuve devenaient donc sans objet(94). L'arrêt de la Cour de cassation esquive la question et n'est donc pas d'un grand secours. Mais, dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Dubrulle plaide pour une application souple des règles de la preuve(95). Il part du constat que les articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire devraient aboutir à imputer au patient la charge de la preuve de l'inexécution alléguée du devoir d'information du médecin. Mais il ajoute qu'il s'agit de la preuve d'un fait négatif, pour lequel la preuve d'une simple vraisemblance devrait suffire. Dans ce contexte, il écrit : «*a[n]nemen dat uit de afwezigheid van elke gebruikelijke aanwijzing dat de patiënt voor de ingreep werd ingelicht het vermoeden kan afgeleid worden dat hij geen behoorlijke, d.i. een "geïnformeerde" toestemming gaf lijkt me met een dergelijke opvatting overeen te brengen: de patiënt wordt niet ontslaan van bewijs en een bewijs wordt niet aan de arts opgelegd*». En quelque sorte, les apparences sont sauves : les principes juridiques n'ont pas dû être manipulés pour aboutir à imputer la charge de la preuve au médecin, mais les présomptions retenues par le juge du fond pour faire triompher le patient sont particulièrement ténues. Il suffit de constater qu'il n'existe aucune indication de ce que le patient aurait été correctement informé avant l'intervention(96). Comme le fait observer W. Vandebussche, c'est l'absence de preuve qui crée la preuve : «*het hof creëert op die manier "iets" uit het "niets"*»(97). Entre, d'une part, imputer la charge de la preuve au patient mais néanmoins faire droit à sa demande sur la base de présomptions peu circonstanciées et, d'autre part, obliger le médecin à prouver qu'il a correctement informé le patient, il n'y a qu'un (tout petit) pas. Comme le dit un auteur, la situation revient au même lorsque l'on apprécie simplement la preuve négative imputée au patient ou strictement la preuve positive imputée au médecin(98). En définitive, la question de la charge de la preuve s'efface

(93) Anvers, 22 juin 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 144, note.

(94) Cass., 28 février 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 12, concl. DUBRULLE.

(95) Concl. ministère public sous Cass., 28 février 2002, *Rev. dr. santé*, 2002-2003, p. 19, n° 6.

(96) Dans le même sens, en ce qui concerne l'obligation d'information du courtier en assurance : Liège, 1<sup>er</sup> juin 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 433.

(97) W. VANDENBUSSCHE, «Het bewijs van een tekortkoming door een verzekeringsmakelaar aan zijn informatie- en adviesverplichtingen», *R.D.C.*, 2017, p. 442.

(98) C. LEMMENS, «Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslaast van de geïnformeerde toestemming van

derrière le niveau d'exigence du juge par rapport aux éléments de preuve présentés devant lui.

Cette discussion nous amène à nous interroger sur le degré de preuve (*standard of proof*) exigé d'une partie qui supporte la charge de la preuve d'un fait négatif(99). Nous avons vu plus haut qu'une simple vraisemblance suffit dans ce cas (voy. *supra*, n° 14). On quitte donc l'exigence habituelle de certitude. Cette certitude ne constitue d'ailleurs pas une vérité scientifique, dont l'établissement suppose le temps de l'expérimentation, et qui est toujours provisoire, dans l'attente d'une nouvelle étude qui en démontrera l'inexactitude(100). Le juge, qui dispose de peu de temps, doit souvent se satisfaire de probabilités. «A la rigueur, toute certitude morale n'est qu'une probabilité»(101). La certitude se confond alors avec l'intime conviction, l'absence de doute raisonnable ou encore «un très haut degré de probabilité»(102). La vraisemblance est plus souple et amène le juge continental sur un terrain qui lui est beaucoup moins familier. Qu'est-ce qu'une vraisemblance et quand est-elle établie ? Le modèle qui paraît s'imposer avec le plus d'évidence est celui de la *balance of probabilities*, utilisée par les juges de *common law* en matière civile. Le principe peut être formulé comme suit : «*if the evidence is such that the tribunal can say: "we think it more probable than not" the burden is discharged, but, if the probabilities are equal, it is not*»(103). Dans un tel mode de raisonnement, même si le patient/client supporte la charge de la preuve, il suffit que le juge considère que la probabilité que le professionnel ne l'ait pas informé soit légèrement plus élevée que la probabilité inverse pour que le tribunal fasse droit à la demande d'indemnisation formée par le patient/

de patient», *op. cit.*, pp. 352 et s., n° 8.

(99) Sur cette question, voy. W. VANDENBUSSCHE, «Het bewijs van een tekortkoming door een verzekeringsmakelaar aan zijn informatie- en adviesverplichtingen», *R.D.C.*, 2017, p. 442.

(100) D. PESTRE, «Des preuves dans les pratiques scientifiques et dans les pratiques juridiques. Prologomènes à des conversations», in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larier, 2012, pp. 33 et s. «Scientifiquement, on pense le vrai comme rectification historique d'une longue erreur» (G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 1971, p. 177).

(101) J.-D. BREDIN, «Le doute et l'intime conviction», *Droits*, n° 23, 1996, p. 27.

(102) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 463 et s., n° 161 et s.; W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Anvers — Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 94 et s., n° 124 et s.; voy. aussi A. UZELAC, «The need to provide reasons in court judgments: some developments in East and West», in *Aurea praxis, aurea theoria*, Paris, LexisNexis, 2011, pp. 1556 : «In the continental law, there is largely a uniform and identical standard of proof for proving the merits of the case both in civil and criminal proceedings — the standard that is referred to as the standard of "certainty" or the "beyond reasonable doubt" standard (as opposed to the common law standard of "balance of probabilities"). Although there may be a consensus about the statement that this standard requires a "very high level of probability" for successful proving of contested facts, there is virtually no agreement about what this high level of probability means in objective, empirical terms. The very term "certainty", although apparently objective, ultimately relates to the individual perception of the acting judges, what is more accurately expressed in the term of "beyond reasonable doubt" because doubt is in any case a psychological category».

(103) Lord Denning dans *Miller vs. Minister of Pensions*, cité par I. DENNIS, *The law of evidence*, 5<sup>e</sup> éd., London, Sweet & Maxwell, 2013, n° 11-046 et s.; M. REDMAYNE, «Standards of proof in civil litigation», *The Modern Law Review*, 1999, pp. 167 et s. Voy. aussi X. LAGARDE, «D'une vérité à l'autre», *Gaz. Pal.*, 2010, Doctr., pp. 2020 et s.; A. UZELAC, «The need to provide reasons in court judgments: some developments in East and West», *op. cit.*, p. 1558.

client. Une probabilité de 51 % suffit (en théorie du moins, parce que l'expérience montre que les juges se comportent souvent différemment de ce que les standards théoriques devraient leur imposer (104)). Si ce modèle n'est pas retenu, alors le concept de vraisemblance judiciaire reste à inventer...

6. — COMMENT RAPPORTER LA PREUVE DE L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION ?

21. Preuve par toutes voies de droit — Formulaire écrits. Les réflexions formulées à la section précédente amènent à se pencher sur la manière dont la preuve est rapportée. En effet, comme il a été rappelé, la transmission d'une information est un fait, qui peut se prouver par toutes voies de droit (105). Il n'est même pas nécessaire de devoir invoquer un usage dispensant de la rédaction d'un écrit. Le but n'est pas ici de rapporter la preuve d'un acte juridique, pour laquelle un écrit aurait été requis, en application de l'article 1341 du Code civil.

Il n'en reste pas moins que, s'il faut considérer que la jurisprudence de la Cour est désormais fixée en ce sens que la charge de la preuve repose sur le débiteur de l'obligation d'information, celui-ci devra réfléchir aux modes de preuve qui lui permettront de répondre à l'obligation de prouver qui pèse sur lui. L'écrit, même non obligatoire, peut jouer un rôle crucial à ce sujet (106). Ce n'est pas nécessairement une mauvaise chose : l'écrit apporte précision et rigueur à la relation professionnelle. Dans le cas d'espèce soumis à la Cour, un écrit était d'ailleurs disponible. Dès 2003, M<sup>e</sup> A. avait écrit à son client pour détailler les éléments financiers du dossier. C'est d'ailleurs l'existence de cette correspondance et l'absence de mention de l'aide juridique qui ont amené les juges du fond à considérer qu'il était peu vraisemblable que M<sup>e</sup> A. ait averti son client de la possibilité de bénéficier de l'aide juridique.

En matière médicale, le consentement éclairé du patient pourrait être recueilli dans un formulaire spécifique. L'avantage résiderait dans une infor-

(104) M. SCHWEIZER, *The civil standard of proof — what is it, actually?*, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2013/12. Ainsi, alors que les juges israéliens, qui appliquent le mécanisme de la balance des probabilités, devraient se satisfaire d'un niveau de probabilités de 51 %, les études démontrent qu'en pratique, le niveau est plutôt de 70 %. À l'inverse, les juges suisses se satisfont d'un niveau de preuve infiniment plus bas que ce qui est requis par la loi.

(105) Cass. Fr., 14 décembre 1997, *J.C.P.*, 1997, II, n° 22942, note SARGOS; G. GÉNICOOT, «Blouses blanches et robes noires: ce que le droit attend des médecins», *op. cit.*, pp. 145 et s., n° 26; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, «À propos du consentement libre et éclairé du patient», *op. cit.*, pp. 161 et s., n° 62; S. LIERMAN, «Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts», *op. cit.*, pp. 302 et s., n° 5; W. VANDENBUSSCHE, «Over de bewijrsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?», *op. cit.*, pp. 1665 et s., n° 15; Th. VANSWEEVELT et S. TACK, «Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming», *op. cit.*, pp. 331 et s., n° 830 et s. Ces derniers auteurs relèvent que, dans certaines hypothèses, le consentement éclairé du patient doit être recueilli par écrit (*op. cit.*, n° 833).

(106) Th. VANSWEEVELT, «Rechten van de patiënt. De rol van de rechtspraak in België», *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 470 et s., spéc. p. 474; D. CLARYSSE, «De modaliteiten en het bewijs van de geïnformeerde toestemming in de relatie zorgverlener-patiënt», *Jura Falc.*, 2001-2002, pp. 13 et s., spéc. p. 34; Th. VANSWEEVELT et S. TACK, «Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming», *op. cit.*, pp. 331 et s., n° 837 et 868.

mation réciproque plus complète et plus précise du médecin et du patient. Mais il existe un risque de standardisation et d'appauvrissement des informations transmises au patient, surtout si le formulaire est rédigé dans des termes peu compréhensibles pour lui (107). La loi du 22 août 2002 sur les droits du patient prévoit d'ailleurs, en son article 8, § 1<sup>er</sup>, qu'«[à] la demande du patient ou du praticien professionnel et avec l'accord du praticien professionnel ou du patient, le consentement est fixé par écrit et ajouté dans le dossier du patient». Il faut donc que les deux parties marquent leur accord sur la rédaction d'un écrit (108). Cette exigence devrait éviter que le praticien n'impose systématiquement le recours à un formulaire à son patient. La jurisprudence y est d'ailleurs opposée, surtout lorsque le formulaire est rédigé en des termes peu clairs (109). Par contre, un formulaire individualisé, précis et compréhensible peut représenter une plus-value importante (110). Il ne remplacera toutefois jamais le «colloque singulier» entre médecin et patient, nécessaire pour que s'installe la confiance. Ces principes peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* aux rapports entre professionnel et patient dans les autres professions de conseil.

Une clause d'un contrat entre professionnel et client qui imputerait la charge de la preuve au client serait contraire aux articles VI.83, 21<sup>o</sup>, et XIV.50, 21<sup>o</sup>, du Code de droit économique. Ces dispositions interdisent de limiter de manière non autorisée les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat. En revanche, la liberté de la preuve permettrait de renverser la charge de la preuve à l'égard d'une partie qui ne peut être considérée comme consommateur au regard de ce Code. Il en irait ainsi pour toute partie qui agit dans le cadre d'une activité économique.

(107) C. LEMMENS, «Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt», *op. cit.*, pp. 352 et s., n° 19; Th. VANSWEEVELT et S. TACK, «Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming», *op. cit.*, pp. 331 et s., n° 839 et s.

(108) Dans certains cas, l'écrit est néanmoins obligatoire. Par exemple, art. 6, § 1, de la loi du 7 mai 2004 en matière d'expérimentation sur la personne humaine. Voy. Th. VANSWEEVELT et S. TACK, «Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming», *op. cit.*, pp. 331 et s., n° 833.

(109) Liège, 30 avril 1998, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 139, note VANSWEEVELT; Civ. Bruxelles, 4 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.654.

(110) Th. VANSWEEVELT, «Un revirement de jurisprudence: la charge de la preuve en matière d'information médicale», *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 144; W. DILKHOFFZ, «Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming», *Rev. dr. santé*, 2003-2004, pp. 115-116; R. D'HAESSE, «Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consentvereiste als raakpunt», *R.G.D.C.*, 2010, p. 447; J.-L. FAGNART, «La charge de la preuve en matière d'information», *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 340; P. HENRY et B. DE COCQUEAU, «À propos du consentement libre et éclairé du patient», *op. cit.*, pp. 212-213 et 224; E. VERJANS, «Aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis. Aansprakelijkheid voor schending van het recht op geïnformeerde toestemming en het recht op informatie over de gezondheidstoestand», in *Professionele aansprakelijkheid*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 19 et 29-31.

22. Administration de la preuve. Il est actuellement admis par une doctrine quasi unanime (111), ainsi que par la Cour de cassation (112), que les parties doivent collaborer loyalement à l'administration de la preuve. Ainsi, toute partie, quelle que soit sa position procédurale (demandeur ou défendeur) doit spontanément communiquer au juge et à son adversaire les éléments de preuve dont elle dispose et qui sont pertinents pour la solution du litige. En cas de réticence, elle peut y être contrainte par le juge. Cette collaboration permet, dans un certain nombre de cas, de déterminer avec un degré raisonnable de certitude la réalité et la pertinence des informations transmises par le professionnel à son client. Mais il n'en va pas toujours ainsi, notamment lorsque — et c'est fréquent en pratique — des informations ou des conseils ont été fournis verbalement. Les mesures d'instruction, telles que la comparaison des parties, sont souvent inopérantes et ne permettent pas de trancher en connaissance de cause. La question de la charge de la preuve se posera à nouveau dans ce cas.

(111) B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, op. cit., p. 348; B. ALLEMEERSCH, «Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte», in *Gerechtigd recht*, coll. Themis, n° 59, Bruges, la Chartre, 2010, pp. 35 et s., n° 7; A. DE BOECK et H. GEENS, «De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?», op. cit., p. 85; R. DEKKERS, «De la collaboration des plaideurs dans l'administration de la preuve», *R.C.J.B.*, 1959, pp. 148 et s.; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 187; G. DE LEVAL, «L'instruction sans obstructions», in *La preuve*, Actes du colloque de l'UCL des 12-13 mars 1987, p. 21; G. DEMEZ, «La participation des parties dans l'administration de la preuve», *R.C.J.B.*, 1976, p. 158; A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Liège, éd. Fac. Droit, 1987, pp. 353-354; H. GEENS, «De verdeling van de bewijslast over de partijen in het verzekeringsrecht en het gemeen verbintenissenrecht», op. cit., p. 169, n° 13; A. KOHL, «L'obligation de bonne foi en matière d'allégation et de réception des preuves dans le procès civil», in *La bonne foi*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1990, p. 422; J. LAENENS, «Het bewijs en de onderzoeksmaatregelen», in *L'expertise judiciaire — Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, Bruges, la Chartre, 2003, p. 49, n° 33; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, p. 535; D. MOUGENOT, «La preuve: évolution et révolution», op. cit., pp. 131-132; D. et R. MOUGENOT, *La preuve*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 93, n° 27; S. RUTTEN, «Beginselen van behoorlijke bewijsvoering in het burgerlijk proces: enkele aandachtspunten», in *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, Bruges, la Chartre, 2008, p. 30; S. STIJNS, «Gedrag en wangedrag der partijen in het burgerlijk geding. Spanningsverhoudingen met de bewijsvoering», *R.W.*, 1989-1990, p. 1016; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, vol. 2, op. cit., n° 208, p. 156; W. VANDENBUSSCHE, «Je t'aime..., moi non plus — Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht», in *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht & verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 81 et s.; P. VAN OMMESELAGHE, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, *Droit des obligations*, vol. 3, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1651, pp. 2360 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, op. cit., p. 46; K. WAGNER, «Actualia burgerlijk bewijsrecht», *R.D.J.P.*, 2009, pp. 161-163, n° 29 et s. *Contra*: L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, op. cit., p. 214, n° 177; B. SAMYN, «De bewijslast. Rechtsleer getoetst aan tien jaar cassatierechtspraak», *R.D.J.P.*, 2010, pp. 55 et s.; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk bewijs*, Gand, Story publishers, 2012, n° 125, p. 134.

(112) Cass., 10 décembre 2004, C.03.0143.N, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 19, note DE PATOUL; *NyW*, 2005, p. 951; *Pas.*, 2004, p. 1962; *R.C.J.B.*, 2005, p. 680, note BUYLE; *J.J.P.*, 2007, p. 392, note STEENNOT; Cass., 18 janvier 2007, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 27; Cass., 14 novembre 2013, C.13.0015.N, *Not. Fisc. M.*, 2014, p. 47; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, p. 915, note RENCHON; *R.W.*, 2014-2015 (sommaire), p. 141; *T. Fam.*, 2014, p. 208, note DECLERCK; *T. Not.*, 2014, p. 451, note VERSTRAETE.

## CONCLUSION

23. Un arrêt difficile à interpréter. Il est difficile de tirer une conclusion de cet examen, vu la versatilité de la jurisprudence de la Cour de cassation en cette matière. La disposition appliquée (l'article 1315 du Code civil) a été invoquée par d'éminents auteurs dans des sens opposés. Il n'est donc pas possible de s'appuyer sur une solide interprétation de cet article pour en tirer des conclusions claires. Le concept d'obligation de résultat ne nous est pas non plus d'un grand secours. D'une part, il n'est pas certain que l'obligation d'information et de conseil puisse être qualifiée de manière uniforme d'obligation de moyens ou de résultat. D'autre part, quand bien même s'agirait-il d'une obligation de résultat, la dispersion des opinions doctrinales concernant la preuve de l'absence de résultat n'autorise pas non plus une conclusion certaine. Tout au plus peut-on trouver des raisonnements, tels que la distinction entre la preuve de l'exécution de l'obligation et la preuve de son caractère satisfaisant ou encore la recherche du caractère déterminé ou non de l'obligation d'information, qui permettraient de soutenir la solution retenue par la Cour dans son arrêt du 25 juin 2015. Il faudra donc attendre d'autres décisions pour savoir s'il s'agit désormais d'une jurisprudence constante de la Cour. Ceci incite un commentateur à ne pas accorder trop d'importance à cet arrêt, tant que son enseignement ne sera pas répété (113). En d'autres termes, une hirondelle ne fait pas le printemps...

Est-ce le mot de la fin? Le législateur mettra-t-il un terme à cette discussion? La première version du texte de l'avant-projet de réforme de la partie du Code civil consacrée aux obligations contenait un article 20, alinéa 2, rédigé comme suit: «La partie qui prétend que l'information lui était due doit prouver l'existence du devoir d'information. L'autre partie doit prouver avoir fourni l'information due». Cette disposition s'inspirait manifestement de la solution proposée par la Cour de cassation dans l'arrêt commenté. Le texte distinguait clairement la preuve du devoir d'information, qui repose sur le créancier, et la preuve de l'exécution de ce devoir, qui repose sur le débiteur.

Toutefois, cet alinéa 2 a été abandonné, suite à la consultation organisée pour collecter les réactions du public au sujet de cet avant-projet. La jurisprudence de la Cour de cassation conserve donc toute son actualité... avec toutes les questions qu'elle suscite.

DOMINIQUE MOUGENOT

MAÎTRE DE CONFÉRENCES  
INVITÉ À L'UNAMUR ET  
L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE  
DE LOUVAIN

(113) W. VANDENBUSSCHE, «Over de bewijsrisico bij het schending van informatieplichten. Een gordiaanse knoop om te ontwarren?», op. cit., pp. 1665 et s., n° 15.